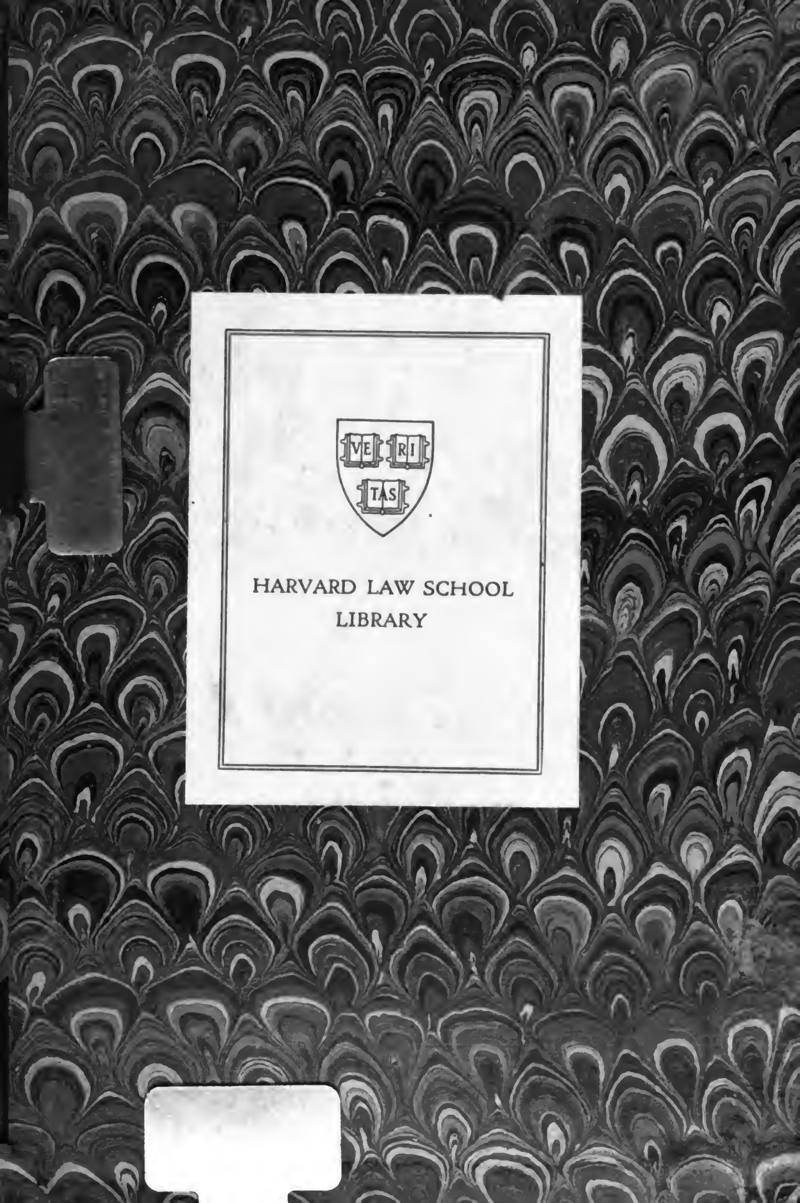
Kommentar zum strafgesetzb... für das deutsche reich

Germany


VE RI TAS
HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY



W. Ganzhorn 1896.

Kommentar

zu den

Strafgesetzen des Deutschen Reichs.

Von

Dr. Justus Olshausen,
Reichsgerichtsrath.

Band I und II:

Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.

Berlin 1892.
Verlag von Franz Vahlen.
W. 8, Mohrenstraße 13/14.

Kommentar

zum

Strafgesetzbuch

für das Deutsche Reich.

Von

Dr. Justus Olshausen,
Reichsgerichtsrath.

Vierte umgearbeitete Auflage.

Zweiter Band.



Berlin 1892.
Verlag von Franz Vahlen.
W. 8, Mohrenstraße 13/14.

Funfzehnter Abschnitt.

Zweikampf.

1) Dem vom Zweikampfe handelnden Abschn. 15 hat der entsprechende Tit. 14 des Pr. StGB. derartig zum Vorbilde gedient, daß den Vorschriften des letzteren diejenigen des RStGB. fast vollständig angeschlossen sind. Die vorgenommenen Aenderungen bestehen zunächst in einer theilweise anderen Disposition der Bestimmungen, wie solche aus folgender synoptischer Uebersicht erhellt:

RStGB.	PrStGB.
§ 205.	§ 168 Abs. 1.
§ 206.	§§ 168 Abs. 2, 169.
§ 207.	§ 171.
§ 208.	§ 170.
§ 209.	§§ 172, 173.

wobei freilich die Umstellung der §§ 170, 171 PrStGB. auch eine materielle Folge gehabt hat; § 207 N. 4.

Ferner aber sind in einzelnen Fällen die Strafgrenzen anders normirt, was theilweise damit zusammenhängt, daß der Höchstbetrag aller zeitigen Freiheitsstrafen im RStGB. nur funfzehn Jahre beträgt. In prinzipieller Uebereinstimmung mit dem PrStGB. ist aber, wie dort die Einschließung, so hier die Festungshaft (§ 17) „als die ordentliche Strafe des Duells aufgestellt, in den Fällen aber, wo Berücksichtigung der Sitte nicht eine mildere Behandlung angemessen erscheinen läßt" — also bei der vorsätzlichen Verletzung der Duellregeln (§ 207) und bei dem leichtfertigen Anhetzen zum Duell (§ 210) — „der Eintritt der gewöhnlichen Strafmittel" angewendet; Beseler PrStGB. S. 339. Nicht minder entspricht die Abstufung der einzelnen Strafsanktionen dem System des Tit. 14 im PrStGB. (vgl. Motive zur StGN. Art. I § 208) und zwar ohne Ausnahme, nachdem die StGN. im § 208 ein durch ein Redaktionsversehen veranlaßtes Mißverhältniß ausgeglichen hat.

Abgesehen hiervon, ferner von der Hinzufügung der Worte „oder hergebrachten" im § 207, endlich von der Weglassung der durch die Fassung des § 139 überflüssig gewordenen Bestimmung über die Befreiung von der Anzeigepflicht im PrStGB. § 172 (RStGB. § 209), enthält Abschn. 15 des RStGB. keine Abweichungen gegenüber dem Tit. 14 des PrStGB. Eine vom Entw. § 201 (RStGB. § 206) noch ferner beabsichtigte Abweichung, welche nicht lediglich redaktioneller Art gewesen sein würde, wurde dem Antrage der RTkommission entsprechend nicht angenommen, vielmehr auch in dieser Beziehung die materielle Vorschrift des PrStGB. § 169 wiederholt; s. u. § 206 N. 4.

2) Der Abschn. 15 regelt die Materie des Zweikpfs. i. S. des EG. § 2; daraus, daß nur der Zweikpf. mit tödtlichen Waffen für strafbar erklärt worden, ist indirekt zu folgern (vgl. EG. § 2 N. 5), daß jede andere Art des Zweikpfs. straflos sein solle. Demnach sind die Landesgesetze über die kriminelle Bestrafung des Zweikpfs. (Duells) außer Kraft getreten; dieselben gehören, weil eben die Regelung der Materie im StGB. selbst erfolgt ist, nicht zu den durch EG. § 2_2 (das. N. 8) aufrecht erhaltenen „besonderen Vorschriften des Landesstrafrechts." Es gilt dieses namentl. auch hinsichtlich derjenigen Landesgesetze, welche die Bestrafung des Zweikpfs. der Studenten betreffen, mögen sie auch ausschließlich eine disziplinäre Verfolgung vorschreiben. Landesgesetze über kriminelle Bestrafung des Zweikpfs. sind ungültig, demgemäß auch Art. 8 des BadEG.zStGB. v. 23. Dez. 1871, wonach die mit Schlägern vollzogenen Zweikämpfe (soweit sie nicht unter Th. II Abschn. 15 StGB. fallen) mit Haft bestraft werden sollen. Gegen diese Ansicht läßt sich nicht geltend machen, daß neben den vorbildlichen Bestimmungen des PrStGB. (s. o. N. 1) die besonderen PrGesetze über die Be-

strafung der Duelle der Studirenden in Kraft geblieben seien; denn die Besonderheiten, welche den Studentenduellen in Pr. eingeräumt waren, hingen mit dem persönlichen eximirten Gerichtsstande der Studenten zusammen, nicht aber mit Unterschieden in den Thatbestandsmerkmalen; die in der PrGesetzgebung nach dem Erfolge des Zweikpfs. gemachte Unterscheidung hinsichtlich der Bestrafung durch die ordentlichen Gerichte bzw. durch die akademischen Disziplinargerichte kam mit Inkrafttreten des RStGB. in Wegfall, da bei diesem von einem stillschweigenden Vorbehalte, wie ihn Pr. bei Einführung seines StGB. für seine akademische Gerichtsbarkeit gemacht hatte, nicht die Rede sein konnte. So **RG.** BStS. 6. März 83 E. 8 87, ferner III 2. Juni 80, 22. Feb., 20. Mai 82, E. **1** 443, **6** 61, R. **4** 501 (s. jedoch u. N. 3) sowie: Berlin OTr. 6. Juni 77 St. **7** 295, Berner S. 492, Binding **1** 316, 321, Geyer **2** 15, 86, Hälschner **2** 944 (anders früher GS. **34** 15), v. Liszt S. 347, H. Meyer S. 564, v. Kirchmann N. 1, Meves § 208 N. 7 u. StRZ. **13** 264 N. 1, Oppenh. N. 5, Puchelt N. b, Rubo S. 731 N.*, Zimmermann GS. **30** 10, Levi Zweikpf. S. 110. AM.: Berlin OAG. 9. Nov. 72, 7. Feb. 73, St. **2** 138, 213, Schütze S. 292 N. 3, Teichmann HH. **3** 392 (welche beide das Studentenduell überhaupt nicht für einen Zweikpf. halten), Blum § 201 N. 6, Rüd.-St. N. 4, Sontag ZfStRW. **2** 6, v. Buri, Kronecker, Villnow, GS. **34** 359, **35** 233, **37** 629, (welche wesentlich auf Grund der PrSpezialgesetzgebung annehmen, daß eine erschöpfende Regelung nicht beabsichtigt gewesen sei), Keßler Einwillgg. d. Verl. S. 96. Zweifelhaft ist v. Schwarze S. 586 A. 2.

3) Aus der Regelung der Materie des Zweikpfs. (N. 1) in Verbindung mit dessen Natur (§ 201 N. 2) ergiebt sich, daß bei Straflosigkeit eines Zweikpfs., weil derselbe nicht mit tödtlichen Waffen ausgefochten, auch die in demselben zugefügten Körperverletzungen nicht aus Abschn. 17 bestraft werden können; soweit solche vorkommen, bilden sie einen Bestandtheil des Zweikpfs. selbst und sind, wie dieser, straflos. So: Binding **1** 368, 724, Geyer **2** 15, v. Liszt S. 347, Sontag ZfStRW. **2** 7, v. Buri, Zimmermann GS. **34** 357, 392, sowie wesentlich wegen Anwendung des volenti non fit injuria: Röbenbeck Zweikpf. S. 19, Kronecker, Villnow, GS. **35** 216 ff., **37** 616, Keßler Einwillgg. d. Verl. S. 95. AM. die N. 2 citt. **RG.**, Merkel S. 305 u. HRl. „Zweikpf.", H. Meyer S. 559, Hälschner **2** 944 N. 1 u. GS. **34** 17, **35** 171 ff., Oppenh. N. 4.

4) Dagegen ist mit der Regelung der Materie recht wohl die fortdauernde Geltung der Landesgesetze vereinbar, insoweit sie lediglich den disziplinären Gesichtspunkt ins Auge fassen (vgl. EG. § 5 N. 6); so: München 25. Jan. 73 BayerE. **3** 34, Berner S. 493, Binding **1** 316 N. 1 (soweit sie nicht echte Strafgesetze unter falscher Etikette seien), Geyer **2** 15, v. Liszt S. 347, Merkel HRl. „Zweikpf."; aM. Rubo S. 731 N.*.

5) Die Vorschriften des Abschn. 15 kommen gemäß MStGB. § 3 auch gegen aktive Militärpersonen zur Anwendung, da der Zweikpf. bzw. die Herausforderung dazu, abgesehen von dem besonderen Falle des MStGB. § 112, zu den militärischen V. o. V. nicht gehört; des militärischen Verg. aus MStGB. § 112 können übrigens unter Umständen nach § 113 das. auch Personen des Beurlaubtenstandes sich schuldig machen.

§. 201.

Die Herausforderung zum Zweikampf mit tödtlichen Waffen, sowie die Annahme einer solchen Herausforderung wird mit Festungshaft bis zu sechs Monaten bestraft.

PrStGB. § 164. Entw. I § 174, II § 196.

Zu §§ 201—210. Begriff des Zweikampfes. N. 1—15.

1) Das StGB. giebt keine Definition des Zweikampfes (vgl. § 185 N. 1). Es ist deshalb auf Grund der einzelnen positiven Bestimmungen des Abschn. 15 und seiner Entstehung aus dem Tit. 14 des PrStGB. sowie nach Maßgabe der Bedeutung des Wortes „Zweikampf" im Sprachgebrauche des gewöhnlichen Lebens festzustellen, welchen Begriff das StGB. mit „Zweikampf" verbindet; vgl. Hälschner **2** 940 u. GS. **34** 2, **35** 168, das Gesetz habe den Zweikpf. in dem durch Herkommen u. Sitte festgestellten Sinne des Wortes im Auge, setze ihn als einen „erfahrungsmäßig gegebenen" voraus.

Wie im Folgenden näher zu begründen ist, erscheint als Zweikampf im Sinne des StGB. der vereinbarte, nach Regeln sowie unter Gebrauch tödtlicher Waffen von gewisser Art und wesentlich gleicher Beschaffenheit stattfindende Kampf zwischen zwei Personen; ähnlich RG. II 20. Sept. 81 E. 4 408, ein zwischen zwei Personen verabredeter ernstlicher Kampf mit tödtlichen Waffen nach vereinbarten oder hergebrachten Regeln.

2) Ein Kampf, und zwar ein ernsthafter, muß vor Allem vorliegen, d. h. die Aufwendung eigener Körperkraft und Geschicklichkeit behufs wirklicher körperlicher Besiegung des Gegners; aM. H. Meyer S. 556 N. 12, insofern er den letzteren Zweck nicht für wesentlich erachtet, ferner Levi Zweikampf S. 94, der nicht einmal Verletzungsabsicht erfordert. Demgemäß umfaßt der Zweikampf begrifflich eine Reihe Einzelhandlungen; v. Liszt S. 239. Die zu diesem Zwecke vorgenommene Körperverletzung bzw. Tödtung des Gegners sind deshalb naturgemäß bloße Akte des Kampfes selbst, nicht aber selbständige Hdlgen (vgl. o. Abschn. 15 N. 3); so die GM.

3) Der Charakter des Kampfes wird dadurch nicht aufgehoben, daß von einer Seite davon abgesehen wird, dem Gegner etwas anzuhaben; verzichtet der andere Theil nicht gleichfalls auf die Erreichung des Zieles eines Zweikpfs., so bleibt ein wahrer Kampf bestehen, bei dem jedoch eigenthümlicher Weise der eine Theil lediglich Angreifer, der andere lediglich Vertheidiger ist. So: Hälschner 2 941, Rüd.-St. § 205 N. 1, v. Schwarze § 202 N. 5, Maurer Zweikpf. S. 27, Villnow GS. 37 617, Levi Zweikpf. S. 94. AM. Meves § 208 N. 4.

Besteht dagegen auf keiner Seite die Absicht, den Anderen zu überwinden, wollen z. B. Beide in die Luft schießen, so liegt ein bloßer Scheinkampf vor, der sonach nicht unter die Bestimmungen des Abschn. 15 fallen kann; Hälschner aO., Merkel S. 304, H. Meyer S. 556, Levi aO.

Noch weniger unterliegt das sog. Kampfspiel jenen Bestimmungen; denn bei ihm ist die mangelnde Ernsthaftigkeit des Kampfes (der Ausschluß jeder Verletzungsabsicht) offenbar und auch für unbetheiligte Dritte unzweifelhaft; Hälschner 2 949.

Dagegen fehlt die Ernsthaftigkeit des Kampfes keineswegs bei den sog. Studentenmensuren, da auch bei diesen jeder Theil darnach strebt, dem Gegner derartige Körperverletzungen zuzufügen, daß er das Duell nicht mehr fortsetzen kann (vgl. jedoch u. N. 14); so: RG I 10. Juli 82 E. 7 29, München 25. Jan. 73 BayerE. 3 34, Sontag ZfStRW. 2 4, Kronecker GS. 35 203, Keßler Einwillig. d. Verl. S. 88; aM.: Teichmann HH. 3 392, Schütze S. 293 N. 7 u. Nothw. Theiln. S. 328 f., Villnow GS. 37 614, 628 (btr. der Bestimmungsmensuren), annähernd auch H. Meyer S. 558, es liege bei Anwendung der nöthigen Schutzmaßregeln kein Kampf mehr vor.

4) Das Merkmal des Kampfes fehlt gänzlich bei dem sog. amerikanischen Duell. Dasselbe ist deshalb auch kein Zweikampf; so die GM., bis auf Lüder G. 13 540 u. Schütze S. 293 N. 7, welche die §§ 202, 206 zur Anwendung bringen wollen. Die Handlung — ein Würfelspiel ums Leben — ist vielmehr für beide Theile straflos. So: Geyer 2 14, Hälschner 2 941, v. Holtzendorff HH. 3 417, v. Liszt S. 345, Merkel S. 304, H. Meyer S. 566, v. Wächter S. 354 N. 19, Puchelt Abschn. 15 N. d, Rubo § 211 N. 6, Ortloff G. 31 152, Levi Zweik. S. 96, „im allgemeinen" auch Villnow GS. 37 617. AM.: Binding 1 702 (der Ueberlebende sei Mörder), Kohler Studien 1 144 N. ** (ebenso, meist finde jedoch § 216 Anwendung), Oppenh. § 211 N. 7 (es könne möglicher Weise § 222 Platz greifen). Ganz unklar Blum N. 5, das amerik. Duell sei kein Zweikpf., sondern Selbstmord, der Ueberlebende werde indessen mindestens nach § 201, wenn nicht nach §§ 202, 206 bzw. 212, 213, bestraft.

5) Wie schon der Name andeutet, darf es sich nur um einen Kampf unter „zwei Personen" handeln; ein unter mehr Personen stattfindender Kampf ist ein sog. Raufhandel (vgl. § 227).

Welchem Geschlechte und welchem Stande die kämpfenden Personen angehören, ist an sich gleichgültig, wenn nur im Uebrigen die Voraussetzungen eines Zweikpfs. vorliegen.

Ein Zweikpf. kann deshalb namentl. auch unter solchen Personen stattfinden, welche im Allgemeinen oder in gewissen Kreisen nicht für „satisfaktionsfähig" gehalten werden.

6) Der Kampf muß ein unter den beiden Parteien vereinbarter sein; Berner S. 489, Hälschner 2 940, v. Liszt S. 346, Merkel S. 304, Schütze S. 293, Teichmann HH. 3 392, Rödenbeck Zweikpf. S. 10, Keßler Einwillig. d. Verl. S. 88 f., Levi Zweikpf. S. 90, 119. Einem jeden Zweikpf. müssen deshalb eine Herausforderung und die Annahme derselben als nothwendige Vorbereitungshdlgen vorausgehen; dieselben fehlen auch nicht, wie die GM. mit Recht annimmt, bei dem sog. Rencontre. Dagegen ist die sog. Attacke, d. h. ein Angriff unter dem Aufrufe zur Gegenwehr, niemals ein Zweikpf., weil eine freie Vereinbarung jedenfalls ausgeschlossen ist; so: Berner S. 489, Geyer 2 14, Hälschner, v. Liszt aO., Merkel HRl. „Zweikpf.", Teichmann HH. 3 392, v. Wächter S. 354, Meves § 208 N. 5, v. Schwarze S. 586, Villnow GS. 37 629, Levi aO.; aM.: Schütze S. 294, Blum N. 3, Oppenh. Abschn. 15 N. 2, Rüd.-St. Abschn. 15 N. 2; bei der Attacke befindet sich deshalb der Angegriffene im Zustande der Nothwehr (§ 53), von welcher beim Zweikampfe nicht die Rede ist, weil bei diesem jedem der beiden Theile die Rolle des Angreifers und nur folgeweise diejenige des Vertheidigers zufällt.

Da der Kampf ein unter zwei Personen vereinbarter ist, so enthält der Zweikpf. einen Fall der sog. nothwendigen Theilnahme (Th. I Abschn. 3 N. 11), dessen Eigenthümlichkeit darin sich zeigt, daß das erforderliche Zusammenwirken als ein „aktuelles Entgegenwirken" der beiden Mitthäter (Parteien, Gegner) sich darstellt; RG. II 20. Sept. 81 E. 4 408, Schütze S. 293 u. Nothw. Theiln. S. 318, 330.

7) Der Kampf muß „nach bestimmten Regeln" stattfinden, die „vereinbart oder hergebracht" sein können (§ 207); aM. lediglich Villnow GS. 37 618. Zur nöthigen Feststellung der Regeln eines konkreten Zweikpfs. dient die Herausforderung und deren Annahme (N. 6). Enthalten dieselben eine ausdrückliche „Vereinbarung" der Kampfesregeln nicht, so finden diejenigen Regeln Anwendung, welche bei der getroffenen Wahl der Waffen hergebracht sind. Vgl. übrigens § 207 N. 6.

8) Der Kampf ist ein solcher mit „Waffen", weshalb das Boxen als Zweikpf. nicht angesehen werden kann; so: Hälschner 2 491, v. Liszt S. 346, Teichmann HH. 3 394, v. Schwarze § 202 N. 2; aM.: Keßler Einwilligg. d. Verl. S. 88, Rödenbeck Zweikpf. S. 9, Levi Zweikpf. S. 90, 92.

9) Als Waffen kommen hier nur solche im technischen Sinne (§ 127 N. 2a) in Betracht (vgl. u. N. 11), nicht aber, wie H. Meyer S. 557 u. Villnow GS. 37 621 annehmen, alle derartigen Waffen, sondern nur die nach der hergebrachten Sitte des Landes bzw. der Heimath der Parteien gebräuchlichen Waffen; gewisse Waffen sind beim Zweikpf. ausgeschlossen. So die GM., insbs.: RG. I 10. Juli 82 E. 7 29, Dresden 6. März 76 St. 6 280.

10) Der Natur eines geregelten Kampfes entspricht es, daß die Parteien unter wesentlich gleichen Voraussetzungen kämpfen. Zur Erfüllung dieses Erfordernisses wird es zwar einerseits nicht genügen, daß beide Parteien sich einer Waffe gleicher Art (also z. B. einer Schußwaffe) bedienen (Meves § 208 N. 3), andererseits aber erscheint eine völlige Gleichheit der Waffen nicht unbedingt nothwendig; derselben kann unter Umständen nicht entsprochen werden, dennoch aber durch die Beschaffung von Waffen derselben Art und annähernd gleicher Güte der Charakter eines geregelten Kampfes gewahrt werden. So v. Liszt S. 346 (der aus demselben Grunde auch eine gewisse Gleichwerthigkeit der Gegner fordert) u. H. Meyer S. 559, während die GM. die Gleichheit der Waffen fordert. AM. ferner Schütze S. 293 N. 7, v. Kirchmann N. 1, Keßler Einwilligg. der Verl. S. 89 und Villnow GS. 37 622, welche auf die Beschaffenheit der Waffen kein Gewicht legen.

11) Daß die Waffen „tödtliche" sein müssen, wird von manchen aus dem „ehrenhaften, edlen Charakter" des Zweikpfs. gefolgert. Allein da der Zweck des Zweikpfs. — die körperliche Besiegung des Gegners (N. 2) — auch schon durch eine erhebliche Verwundung des letzteren erreicht werden kann, so werden begrifflich zum Zweikpf. nur solche Waffen erfordert, welche „gesundheitsgefährlich" sind; ein Kampf, bei dem nicht einmal solche Waffen zur Anwendung kommen, würde nur als ein Kampfspiel oder Scheinkampf, nicht aber als ein ernst-

hafter Zweikpf. anzusehen und deshalb den Vorschriften des Abschn. 15 garnicht unterworfen sein; Teichmann HH. 3 395, Schütze S. 293 N. 7 u. Rothw. Theiln. S. 327, Rubo N. 1. Durch den Begriff des Zweikpfs. werden hiernach tödtliche Waffen nicht bedingt; so, außer Schütze: Meves § 208 N. 2, Puchelt Abschn. 15 N. c, v. Buri GS. 34 357, Röbenbeck Zweikpf. S. 16, Kronecker GS. 35 229 ff., Keßler Einwilligg. b. Verl. S. 87.

Dennoch nimmt die GM., insbs. auch RG. III 2. Juni 80, 22. Feb. 82, VStS. 6. März 83, E. 1 443, 6 61, 8 87 — unter alleiniger Ausnahme von Schütze S. 293 u. Ortloff G. 31 174 — mit Recht an, daß die Bestimmungen des Abschn. 15 lediglich auf einen Zweikpf. „mit tödtlichen Waffen" (N. 12 f.) sich beziehen, obgleich nur im § 201 von einer Herausforderung zu einem solchen Zweikpf. die Rede ist, in dem gesammten übrigen Theile des Abschnittes aber immer nur vom „Zweikpf." schlechthin gesprochen wird. Die GM. stützt sich auf die Entstehungsgeschichte des Tit. 14 des PrStGB. und die Auslegung, welche derselbe in der Theorie und Praxis gefunden hat; es erscheint dieses aber nach dem oben Abschn. 15 N. 1 Bemerkten im vorliegenden Falle unbedenklich zulässig.

Die Theorie und Praxis haben nie in der Annahme geschwankt, daß Tit. 14 des PrStGB. durchweg nur den Zweikpf. mit tödtlichen Waffen im Auge gehabt. Mit Recht hat hiernach die GM. ein Gleiches hinsichtlich des Abschn. 15 des RStGB. angenommen und namentlich die Auffassung vertreten, daß die §§ 205 ff. nur vom Zweikampf mit tödtlichen Waffen zu verstehen seien. Daraus folgern Geyer 2 14, v. Liszt S. 345, Sontag ZfStRW. 2 3, Hälschner 2 948, 950 u. GS. 34 8 u. A. zutreffend, daß der Strafgrund des Zweikpfs. nach dem StGB. die Lebensgefährdung sei, während der Zweikpf. begrifflich (s. o. Abs. 1) nur Lebens- oder Leibesgefährdung fordert; H. Meyer S. 554, Zimmermann GS. 34 392. Abweichend nimmt Levi Zweikpf. S. 111 f. an, daß das Zweikpfverg. „zunächst ein Polizeidelikt" sei, daß jedoch das StGB. diesen Charakter nicht rein durchgeführt habe.

12) Das Beiwort „tödtlich" zur näheren Bestimmung der Waffe ist, wie die Revision des Entw. z. PrStGB. v. 1843 bemerkt (N. 11), offenbar nur in abstracto gebraucht; es hat dadurch somit keinesfalls bezeichnet werden sollen, daß die Anwendung der Waffe in jedem konkreten Falle zum Tode des Gegners führen müsse. Trotzdem bestehen über die Bedeutung des Wortes erhebliche Zweifel.

Unberechtigt erscheint zunächst die überwiegend vertretene Auffassung (so jedoch: RG. III 2. Juni 80, I 10. Juli 82, E. 1 443, 7 29, München 25. Jan. 73 BayerE. 3 34, Darmstadt 27. Aug. 77 G. 25 464, Geyer 2 14, Teichmann HH. 3 394, Meves § 268 N. 2, Oppenh. Abschn. 15 N. 3, Rubo N. 2, Sontag ZfStRW. 2 2, Zimmermann, Hälschner, v. Buri GS. 30 2, 34 12, 354, Levy Zweikpf. S. 102), daß als „tödtlich" eine Waffe schon dann anzusehen sei, wenn sie den Tod des Gegners herbeiführen könne bzw. zur Beibringung tödtlicher Verletzungen geeignet sei; das ist einer jeden Duellwaffe (N. 9) eigenthümlich. Weiterhin ist aber auch die Ansicht, welche Dresden 6. März 76 St. 6 280, H. Meyer S. 557, Puchelt N. 1, v. Kries, Rotering, G. 25 48, 31 279 (auch wohl v. Schwarze N. 2 A. 5) vertreten, nicht richtig, daß nämlich eine Waffe nur dann eine tödtliche sei, wenn eine durch ihre bestimmungsgemäße Anwendung herbeigeführte Verletzung in der Regel den Tod herbeiführe; hiergegen spricht, abgesehen davon, daß keine einzige der üblichen Duellwaffen diese Eigenschaft besitzt, der Umstand, daß bei der Redaktion des PrStGB. das Beiwort „tödtlich" augenscheinlich nur deshalb gewählt wurde, um die Waffen im techn. S. (s. o. N. 9), insbs. „das Seitengewehr und Schießgewehr" (PrALR. II 20 § 689), zu bezeichnen und dadurch die Stöcke und andere minder gefährliche Instrumente (das. § 690) auszusondern; wenn nun auch hieraus nicht zu folgern ist, daß alle Waffen im techn. S. als „tödtliche" Waffen anzusehen seien (so jedoch Hälschner; s. u.), so geht doch aus Obigem so viel hervor, daß das Beiwort „tödtlich" entschieden nicht lediglich solche Waffen bezeichnen sollte, deren bestimmungsgemäße Anwendung regelmäßig todtbringend ist.

Demnach wird man für die Begriffsfeststellung des Eigenschaftswortes „tödtlich" nicht von der Wirkung, sondern vielmehr von der Bestimmung der Waffe auszugehen haben und demgemäß — abgesehen von dem selbstverständlichen Erfordernisse, daß die Waffe geeignet sein müsse, tödtliche Verletzungen zuzufügen — als „tödtliche Waffe" eine solche

zu erachten haben, welche zur Zufügung von tödtlichen Verletzungen bestimmt ist; so: v. Liszt S. 347, Merkel HRl. „Zweikpf.", Kronecker GS. 35 210 f., Keßler Einwilligg. d. Verl. S. 95, andeutungsweise auch v. Schwarze N. 2 A. 5 (s. jedoch o. Abs. 2), ferner Hälschner 2 945, der freilich zu dem Resultate kommt, daß mit einer „tödtlichen Waffe" lediglich eine Waffe im techn. S. gemeint sei; den Gegensatz zum Zweikpf. mit tödtl. Waffen bilde nicht der Kampf mit „nicht-tödtl. Waffen", denn solche gebe es nicht, sondern der Kampf „nicht mit tödtl. Waffen", d. h. mit Gegenständen, die nicht Waffen im techn. S. seien; ebenso jetzt auch Merkel S. 305, das Merkmal weise auf Waffen i. techn. S. hin.

13) Nach der Ausführung in N. 12 ist die Frage, ob es im konkreten Falle um einen „Zweikampf mit tödtlichen Waffen" sich handele, lediglich nach der Qualität der Waffe in abstracto unter Berücksichtigung ihres bestimmungsgemäßen Gebrauchs zu entscheiden; da es um eine Eigenschaft der Waffe als solcher sich handelt, so können Schutzmaßregeln, wie sie namentl. bei studentischen Schlägermensuren gebräuchlich sind, — also die Eigenschaft des Kampfes in concreto — nicht ins Gewicht fallen. Demgemäß bestimmen die Tödtlichkeit der Waffe abstrakt: RG. VStS. 6. März 83 E. 8 87, I 12. Apr. 83 R. 5 230, Hälschner 2 946, H. Meyer S. 558 (s. jedoch o. N. 3_4), Meves § 208 N. 2, v. Schwarze N. 2, Sontag ZfStRS. 2 2, Zimmermann, Hälschner, Kronecker, GS. 30 9, 34 392, 12, 35 210 f. Entgegengesetzt berücksichtigen die konkreten Umstände des Kampfes, insbs. die Ausrüstung der Duellanten, außer den o. N. 12_2 citt. Entsch.: RG. I 10. Juni, III 22. Feb., 20. Mai 82, E. 7 29, 6 61, R. 4 501, Berlin 5. Nov. 74 O. 15 748, Dresden 6. März 76 St. 6 280, Geyer 2 14, v. Liszt S. 347, Teichmann HH. 3 394, Keßler Einwilligg. d. Verl. S. 95, v. Buri, Rödenbeck, Villnow, GS. 34 355, 35 327, 37 144, 621, Levy Zweikpf. S. 104.

14) Ganz besonders bestritten ist die Frage, ob die studentischen Schlägermensuren unter den Begriff des strafb. Zweikpfs. i. S. des Abschn. 15 zu subsumiren seien. Die Frage ist zu verneinen, weil der geschliffene Schläger nicht als eine „tödtliche Waffe" in dem o. N. 12_3 erläuterten Sinne anzusehen ist; derselbe ist seinem Zwecke nach gerade keine tödtliche Waffe, wenn auch ausnahmsweise eine mittels desselben zugefügte Verletzung eine tödtliche sein kann; der Bestimmung, welche dieser Waffe als solcher beiwohnt, entspricht ein derartiger Erfolg nicht; so Kronecker GS. 35 214, ferner Merkel S. 305 (ein student. Schläger sei keine Waffe im techn. S.); aM.: Hälschner 2 945 N. 4, H. Meyer S. 557. Die Strafbarkeit der gedachten Mensuren wird ferner verneint: mit Rücksicht auf die konkreten Schutzvorrichtungen, falls dieselben die Möglichkeit einer tödtlichen Verletzung nach menschlichem Ermessen ausschließen, von den N. 13 gedachten Anhängern der relativen Theorie sowie, trotz der Annahme „tödtlicher Waffen", von Sontag ZfStRW. 2 5, von diesem aus dem Gesichtspunkte, weil die nothwendige Voraussetzung der Lebensgefährlichkeit des Zweikpfs. (N. 11 aE.) in concreto ausgeschlossen sei, von H. Meyer S. 558, weil kein Kampf mehr vorliege (N. 3_4), endlich von Hälschner GS. 34 11 aus dem Grunde, weil bei solchen Mensuren (die wesentlich sog. Bestimmungsmensuren seien) der Dolus fehle, die Absicht der Parteien mangele, auf dem Wege der Selbsthülfe mit der Waffe Genugthuung für eine Ehrenkränkung zu verlangen und zu gewähren (s. u. N. 15), dagegen im D. Strafr. 2 950 aus dem Grunde, weil den Duellanten bei ausreichenden Schutzmaßregeln das Bewußtsein u. der Wille fehle, das Leben des Gegners in Gefahr zu bringen. Andererseits bejahen die Anwendbarkeit der Bestimmungen des Abschn. 15, weil geschliffene Schläger stets als „tödliche Waffen" anzusehen seien, RG. VStS. 6. März 73 E. 8 87 sowie die N. 13 citt. Meves, v. Schwarze u. Zimmermann.

Ueber die Frage, ob die Landesgesetzgebung eingreifen könne, sowie darüber, ob die zugefügten Verletzungen aus Abschn. 17 strafbar seien, vgl. Abschn. 15 N. 2, 3.

15) Wie das Motiv des Thäters für den Deliktsthatbestand in der Regel unerheblich ist, so auch für denjenigen des Zweikpfs. Aus dem gesammten Abschn. 15 ergiebt sich kein Moment, welches für den Zweikpf. eine Ausnahme von der Regel begründete, dagegen enthält die Entstehungsgeschichte des dem § 201 entsprechenden § 164 des PrStGB. insofern eine Bestätigung der Regel, als die früheren Entwürfe, welche eine Hervorhebung des Zweckes des Zweikpfs. enthielten, in dieser Beziehung abgeändert wurden; Goltd. Mat. 2

351. So die GM., insbs. RG. I 10. Juli 82 E. 7 29 u. namentl. ausführlich Röbenbeck Zweikpf. S. 16. AM. einerseits: Merkel HRl. „Zweikpf.", F. Meyer N. 2, Maurer Zweikpf. S. 16, Hälschner 2 948 (vgl. jedoch 2 947 N. 3) u. GS. 34 6, 35 164, welche in dem Zweikpf. die Genugthuung für eine vorangegangene Beleidgg. sehen, andererseits: Schütze S. 293 u. Nothw. Theiln. S. 327, Teichmann HH. 3 395 u. sachlich auch Blum N. 4, welche einen „Ehren- o. Rachezweikampf" fordern, endlich Villnow GS. 37 612, 620, welcher stets als Zweck die Austragung eines Streits verlangt.

Zu §§ 201—204 bzw. speziell §§ 201, 202. N. 16—20.

16) Die §§ 201—204 betreffen die „Herausforderung zum Zweikampf" und deren „Annahme", also Vorbereitungshdlgen zu der strafb. Hdlg. des Zweikpfs. Wegen Aufstellung der betreffenden Gesetzesbestimmungen gilt aber das zum § 151 N. 2 Bemerkte.

Die Anwendung des § 46 auf die Fälle der §§ 201—203 findet an sich nicht statt, da die Herausforderung und deren Annahme sowie das Kartelltragen zu selbständigen strafb. Hdlgen erhoben sind; vgl. einerseits § 46 N. 5, andererseits § 83 N. 2b. Dagegen ist das Prinzip des § 46[1] durch § 204 ausdrücklich auf die Fälle der Herausforderung und der Annahme derselben übertragen.

17) Jeder der §§ 201, 202 enthält einen Mischthatbestand, indem in jedem einerseits die „Herausforderung zum Zweikampf mit tödtlichen Waffen", andererseits die „Annahme einer solchen Herausforderung" mit Strafe bedroht wird. Die Herausforderung ist hiernach auch strafbar, ohne daß eine Annahme derselben erfolgt; so die GM. Selbstverständlich muß ein ernstliches Handeln auf Seiten des Herausfordernden vorliegen, doch beeinträchtigt die Absicht, einem wirklichen Zweikampfe auszuweichen, nicht schon den Charakter der Ernstlichkeit, für welchen es vielmehr genügt, wenn der Herausfordernde in dem Bewußtsein handelt, dem Gegner das Verlangen zugehen zu lassen, daß er mit ihm in einem von ihm für ernstlich gehaltenen Zweikpf. mit tödtl. Waffen sich einlasse; RG. IV 18. Sept. 91 E. 22 139 (vgl. über die ähnliche Frage bei der Nöthigung durch Bedrohung § 240 N. 9).

Unter „Herausforderung" ist hier übrigens nur diejenige seitens einer der Parteien zu verstehen, nicht aber das Ausrichten derselben durch einen Dritten; begrifflich gleichgültig ist jedoch, ob die Herausforderung (bzw. deren Annahme) unmittelbar zwischen den Parteien stattfindet, oder ob sie durch Dritte, sog. Kartellträger (§ 203), vermittelt wird.

18) Voraussetzung der Strafbarkeit des Herausfordernden ist, daß die „Herausforderung zum Zweikampf mit tödtlichen Waffen" geschah, — des Annehmers, daß „die Annahme einer solchen Herausforderung" erfolgte.

Diesem Erfordernisse kann aber auch genügt sein, wenn weder ausdrücklich vom Zweikpf. mit tödtlichen Waffen die Rede war, noch speziell eine tödtliche Waffe bezeichnet wurde; ob dennoch die Absicht auf einen Zweikpf. mit tödtlichen Waffen gerichtet war, ist aus den näheren, vielleicht erst später zu Tage tretenden Umständen festzustellen. So: RG. IV 18. Sept. 91 E. 22 139, Darmstadt 19. Apr. 75 HessE. 76 Bd. 2 B. S. 21, Berlin 16. Juli 77 O. 18 539, Hälschner 2 956, Oppenh. N. 2, 3, Rüd.-St. N. 3, Villnow GS. 37 623, Levi Zweikpf. S. 121. AM. Zimmermann GS. 30 12.

19) Einer besonderen Erörterung bedarf die Frage, ob in der Erklärung des Geforderten, zwar einen Zweikpf. mit tödtlichen Waffen bestehen zu wollen, jedoch unter anderen Bedingungen wie sie in der Herausforderung bezeichnet waren, die „Annahme einer Herausforderung zum Zweikpf. mit tödtlichen Waffen" zu sehen sei. Es liegt nahe, diese Frage nach Analogie der civilrechtlichen Grundsätze über Vertragsofferten und Annahme derselben zu verneinen; allein andererseits ist die Heranziehung civilrechtlicher Grundsätze für das Strafrecht stets bedenklich, im vorliegenden Falle um so mehr, als die Konsequenz dahin führen müßte, in jeder solchen eine Bereitwilligkeit zum Zweikpf. zeigenden Erklärung des Geforderten eine von ihm ausgehende Herausforderung zu erblicken; die analoge Anwendung der civilrechtlichen Grundsätze bedingt diese Auffassung allgemein und nicht etwa blos für den Fall einer Erklärung der Bereitwilligkeit jedoch unter schärferen Bedingungen, für welchen Teichmann HH. 3 399, Oppenh. § 203 N. 3 u. Puchelt § 203 N. 3 die-

selbe ausdrücklich aussprechen; vgl. auch Hälschner 2 957. Schließlich würde der ursprünglich Herausfordernde, welcher auf die gegnerischerseits veränderten — gemilderten oder verschärften — Bedingungen eingeht, Annehmer einer Herausforderung mit tödtlichen Waffen sein und der beiden Vergehen aus § 201, womöglich in realer Konkurrenz, sich schuldig machen. Ein solches Resultat, welches bei der häufig erfolgenden Abänderung der ursprünglich gestellten Bedingungen nicht selten sich ergeben würde, dürfte jedoch kaum dem Gedanken entsprechen, welcher dem § 201 zu Grunde liegt und dahin geht, die Vorbereitung eines Zweikpfs. mit tödtlichen Waffen mit Strafe zu belegen, jedenfalls an dem Provokanten, beim Eingehen auf die Provokation auch an dem anderen Theile. Auch der Wortlaut des § 201 berechtigt zu einer anderen Auffassung; denn es wird nicht „die Annahme der gestellten Herausforderung mit tödtlichen Waffen" bestraft, sondern „die Annahme einer solchen Herausforderung", d. h. einer auf Zweikpf. mit tödtlichen Waffen lautenden Herausforderung. Erklärt der Geforderte sich bereit, darauf einzugehen, so ist der Thatbestand der strafb. Herausforderungsannahme erfüllt, mag auch hinsichtlich der näheren Bedingungen eines solchen Zweikpfs., namentl. hinsichtlich der Waffen, eine Einigung noch nicht erfolgt sein; es entspricht dieses der obigen Ausführung zu N. 18, nach welcher der Thatbestand der strafb. Herausforderung nicht bereits erfordert, daß die Waffen speziell bezeichnet seien; wesentlich ist nur, daß einerseits der Herausforderer einen Zweikpf. mit tödtlichen Waffen proponirt hat, andererseits, daß der Geforderte auf einen solchen einzugehen sich bereit erklärt; Oppenh. N. 3, Rüd.-St. N. 3, Levi Zweikpf. S. 120.

20) Wegen Bestrafung der Beihülfe (§ 49) zu einem der Verg. aus § 201 o. aus § 202 vgl. §§ 203, 204, 209.

Ueber die Frage, ob das Verg. aus § 201 o. aus § 202 mit dem Zweikampfsdelikte selbst in Konkurrenz treten könne, vgl. § 205 N. 3.

Zu § 201. N. 21.

21) Die Strafe ist Festungshaft von 1 T.—6 Mt. (§ 17_3). Wegen Wegfalls der Strafe vgl. § 204.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 (das. N. 5_2) in drei Jahren.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 202.

Festungshaft von zwei Monaten bis zu zwei Jahren tritt ein, wenn bei der Herausforderung die Absicht, daß einer von beiden Theilen das Leben verlieren soll, entweder ausgesprochen ist oder aus der gewählten Art des Zweikampfs erhellt.

PrStGB. § 165. Entw. I § 175, II § 197.

1) Für die beiden Verg. aus § 201, insbs. also auch für das Verg. der Annahme einer Herausforderung (Hälschner 2 957, Teichmann HH. 3 399, Blum N. 1, F. Meyer N. 1, Oppenh. N. 1, Puchelt N. 2), stellt § 202 einen straferhöh. Umstand i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 auf; es sind deshalb die N. 1—20, insbs. 17 ff., zum § 201 zu vergleichen.

2) Der Thatbestand des § 202 liegt nur vor, wenn die „Absicht", d. h. der Vorsatz, daß einer von beiden Theilen das Leben verlieren solle, „bei der Herausforderung", also bei der Mittheilung derselben (Villnow GS. 37 623), in bestimmter Weise dokumentirt wird. Es muß nämlich jene Absicht entweder „ausgesprochen" sein, somit aus den Worten selbst des Herausforderers oder Kartellträgers sich ergeben oder „aus der gewählten Art des Zweikpfs." erhellen. In letzterer Beziehung ist hervorzuheben, daß, wenn auch für den Thatbestand des Verg. aus § 201 nach N. 18 das. zwar überhaupt nur eine Herausforderung zum Zweikpf. mit tödtlichen Waffen in Frage kommt, daraus die bezeichnete Absicht noch keineswegs folgt, daß einer von beiden Theilen das Leben verlieren solle. Selbst aus der speziellen Wahl der tödtlichen Waffen, z. B. gezogener Pistolen, erhellt jene Absicht nicht ohne Weiteres (Teichmann HH. 3 400, Blum § 206 N. 2, v. Kirchmann N. 1),

vielmehr sind erst die näheren Bedingungen entscheidend, durch welche der Eintritt einer Verletzung — und somit, da sie durch eine tödtliche Waffe beigebracht wird, einer tödtlichen Verletzung — gesichert wird, wie z. B. beim Schießen über das Schnupftuch oder bei einer Pistolenforderung auf Kugelwechsel bis zum Eintritt der Kampfunfähigkeit; ähnlich Villnow GS. **37** 624, der es mit Recht für nicht genügend erachtet, wenn die (nicht ausgesprochene) Absicht aus anderen Momenten, z. B. den Worten des Begleiters, erhellt.

3) Die Strafe ist Festungshaft von 2 Mt.—2 J. (§ 17_2). Wegen Wegfalls der Strafe vgl. § 204.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 (das. N. 5_2) in drei Jahren.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 203.

Diejenigen, welche den Auftrag zu einer Herausforderung übernehmen und ausrichten (Kartellträger), werden mit Festungshaft bis zu sechs Monaten bestraft.

PrStGB. § 166. Entw. I § 176, II § 198.

1) Im § 203 wird eine gewisse — und zwar die allein praktische — Art der Beihülfe zur Herausforderung i. S. des § 201 (vgl. das. N. 1—16) gegen die Regel des § 49_2 (das. N. 29a) unter eine selbständige Strafandrohung gestellt; dieselbe erscheint, im Vergleiche zu der auf die Beihülfe angedrohten Regel-Strafe, härter, wenn die Herausforderung selbst aus § 201, milder, wenn die Herausforderung aus § 202 strafbar ist.

Der Ueberbringer der Annahme einer Herausforderung ist aus § 203 nicht strafbar; so: v. Liszt S. 348, Teichmann HH. **3** 399, Blum N. 1, F. Meyer N. 1, Oppenh. N. 3, Puchelt N. 3, Levi S. 126; aM. Villnow GS. **37** 625, weil § 203, wenn auch nur von einer Herausforderung, so doch, ebenso wie § 204, von Kartellträgern spreche; mindestens verfalle der die Annahme Ausrichtende dem § 49. Dieses gilt selbst dann, wenn er gleichzeitig schärfere Bedingungen stellen sollte; denn darin würde eine Herausforderung i. S. des § 201 dennoch nicht zu finden sein (§ 201 N. 19); aM.: Teichmann, Oppenh., Puchelt aO.

Darüber, ob das Verg. aus § 203 bei vollzogenem Zweikampfe sich in eine Beihülfe zum Zweikampfe selbst umgestalte, vgl. § 205 N. 4_1.

2) Beihülfe zum Verg. aus § 203 ist denkbar und würde nach der allgemeinen Regel strafbar sein; denn selbst Beihülfe zur „Beihülfe zu einer strafb. Hdlg." ist denkbar und strafbar; § 49 N. 22.

3) Die Strafe ist Festungshaft von 1 T.—6 Mt. (§ 17_2). Wegen Wegfalls der Strafe vgl. §§ 204, 209.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 (das. N. 5_2) in drei Jahren.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 204.

Die Strafe der Herausforderung und der Annahme derselben, sowie die Strafe der Kartellträger fällt weg, wenn die Parteien den Zweikampf vor dessen Beginn freiwillig aufgegeben haben.

PrStGB. § 167. Entw. I § 177, II § 199.

1) Die Bestimmung des § 204 (vgl. § 201 N. 16) beruht auf dem Prinzip des § 46[1]. Wie § 46 (das. N. 4, 27), so stellt auch § 204 einen strafaufhebenden Umstand i. S. der StPO. § 295_2 auf, was durch die korrekte Wendung „die Strafe fällt weg" zum Ausdruck gebracht wird; Schütze S. 296, Oppenh. N. 4.

2) Der „Beginn" eines Zweikpfs. ist anzunehmen, sobald mindestens von einer Seite — das genügt aber auch — eine kämpfende Thätigkeit stattgefunden hat; **RG.** II 20. Sept. 81 E. **4** 408 (das liege aber auch dann schon vor, wenn der Eine sich vergeblich bemüht habe, das Pistol abzufeuern), Geyer **2** 15, Merkel S. 305, Oppenh. N. 3, Rüd.-St. N. 3, Ortloff G.

31 155 N. 20, Villnow GS. 37 628, R. Herzog Rücktritt S. 255. Alles Uebrige ist bloße Vorbereitung des Zweikpfs. und liegt vor seinem Beginn, so namentl. das Bandagiren der Parteien, das Ausmessen der Distanzen, das Laden der Schußwaffen, ja selbst das Betreten des Kampfplatzes unter Erhebung der Waffen; H. Meyer S. 560.

3) Die Fassung des § 46[1] weicht von derjenigen des § 204 insofern ab, als dort negativ die „Nicht-Hinderung durch Umstände", hier positiv die „Freiwilligkeit der Aufgabe" betont wird. Da auch im Falle des § 46[1] der innere Grund der Strafaufhebung die Freiwilligkeit der Aufgabe ist (das. N. 8), so erscheint die Ausdrucksweise des § 204 an sich als die korrektere; vgl. RG. IV 5. Dez. 90 G. 38 447 über die Zulässigkt. der Heranziehung des § 46[1] zur Auslegg. des § 204. Diesem Vorzuge steht jedoch, da die Freiwilligkeit in dem subjektiven Verhalten der Parteien beruht, die Schwierigkeit der Beweisfrage gegenüber. Dieselbe kann nicht dadurch gelöst werden, daß man beim Vorliegen gewisser äußerer Umstände ohne Weiteres die Freiwilligkeit verneint. So erscheint es nicht richtig, mit Jena 75 St. 7 100 eine freiwillige Aufgabe des Zweikpfs. unbedingt dann zu verneinen, wenn der Herausforderer die Forderung nach eingeleiteter Untersuchung zurücknimmt; es ist recht wohl denkbar, daß der Herausforderer bzw. auch der Geforderte selbst nach Einleitung der Untersuchung auf dem Zweikpfe bestehen; daraus folgt aber umgekehrt, daß eine freiwillige, d. h. auf dem freien Willen beruhende, nicht durch äußere Verhältnisse erzwungene, Aufgabe eines Zweikpfs. auch nach eingeleiteter Untersuchung, z. B. in Folge aufrichtiger Versöhnung der Parteien, denkbar ist; aM. Rüd.-St. N. 2. Anders dagegen, wenn der beabsichtigte Zweikpf. in der Vorstellung der Parteien durch Bestimmung von Ort und Zeit eine konkrete Gestalt gewonnen hatte, und dann die Ausführung des Kampfes zu der verabredeten Zeit durch Umstände verhindert wurde, welche von dem Willen der Parteien unabhängig waren; es folgt dies aus der materiellen Gleichheit der Vorschrift mit § 46[1]; ob nach Beseitigung des Hindernisses die Parteien zu dem Entschlusse gelangen, auch für die Folgezeit keinen Zweikpf. aus Anlaß des früheren Streites mit einander auszufechten, ist gleichgültig; RG. II 20. Okt. 85 E. 13 1 (btr. einen Fall, in dem der Zweikpf. durch Erscheinen eines Polizeibeamten auf dem Kampfplatze verhindert wurde, in welchem dann aber, nach Zustellung der Anklageschrift, seitens der Parteien die Ehrenangelegenheit durch Schriftwechsel für erledigt erklärt war).

Wegen der Aufgabe des Zweikpfs. seitens des Herausforderers nach Ablehnung der Herausforderung s. u. N. 5.

4) Die „Aufgabe" des Zweikpfs. kann eine ausdrückliche sein oder durch konkludente Hdlgen geschehen. Eine Aufgabe der letzteren Art wird anzunehmen sein, wenn beide Theile im Einverständnisse mit einander, statt eines ernstlichen Zweikpfs., einen bloßen Scheinkampf (§ 201 N. 3_2) vornehmen, z. B. beiderseits in die Luft schießen; auch in einem solchen Falle fällt die Strafe der Herausforderung ꝛc. weg; so: Geyer 2 15, Oppenh. § 205 N. 1, Puchelt § 205 N. 1, R. Herzog Rücktritt S. 256; aM.: Teichmann HH. 3 400, Rüd.-St. N. 4.

5) „Die Parteien" müssen nach dem Wortlaute des Gesetzes den Zweikpf. aufgegeben haben, wenn die Strafe wegfallen soll. Man wird auf den gebrauchten Pluralis kein Gewicht legen dürfen, denselben vielmehr durch die nothwendige Theilnahme zweier Personen (§ 201 N. 5, 6) erklären können, da anderenfalls der Zweck, welcher dem Gesetzgeber beim § 204 vorschwebte, nur unvollkommen würde erreicht werden. So: Berlin 5. Mai 75 St. 5 67, Teichmann HH. 3 398, 4 359, Schütze S. 297 N. 14, F. Meyer N. 1, Rüd.-St. N. 2, Villnow GS. 37 627, R. Herzog Rücktritt S. 256. AM.: v. Liszt S. 348 N. 9, H. Meyer S. 562, Oppenh. N. 2, Rubo N. 1, Levi Zweikpf. S. 123. Deshalb kann eine freiwillige Aufgabe auch vorliegen, wenn erst die Herausforderung stattgefunden hatte, aber noch keine Vereinbarung geschlossen war (aM. Levi aO. S. 122); dann aber kann von einer freiwilligen Aufgabe seitens des Herausforderers nicht mehr die Rede sein, wenn die Herausforderung seitens des Geforderten abgelehnt war, sowenig wie ein mißlungener Versuch dadurch zu einem freiwilligen Rücktritte vom Versuche wird, daß der Thäter von erneuerten Versuchen der Ausführung absteht; so: RG. I 28. Apr. 81 E. 4 113, IV 5. Dez. 90 G. 38 447, Darmstadt 19. Apr. 75 HessE. 76 Bd. 2 B. S. 21, Berlin 23. Juli 77 St. 7 294, Geyer

2 15, Hälschner 2 957, Blum § 201 N. 8, Oppenh. N. 1, Rubo N. 2, v. Schwarze N. 2, R. Herzog aO.; aM. btr. des letzteren Falles: v. Liszt aO., Puchelt N. 4.

6) Was die Wirkung des Rücktritts betrifft, so ist an sich der Strafaufhebungsgrund, wie im § 46 (das. N. 2), entgegen der allg. Regel ein objektiv wirkender, worauf die Fassung „die Strafe der Herausforderung und der Annahme derselben" 2c. hindeutet. Deshalb tritt bei beiderseitigem Rücktritt Straflosigkeit aller Betheiligten ein; v. Liszt S. 349, R. Herzog Rücktritt S. 256. Bei Rücktritt einer Partei, in Folge erfolgter Annahme der Herausforderung, liegt kein Grund vor, die Wirksamkeit weiter auszudehnen, als wie solches im Falle der Aufgabe des Versuchs bei Mitthätern (§ 47 N. 27) angenommen wurde, d. h. das Aufgeben des Zweikpfs. bewirkt nur Straflosigkeit der aufgebenden Partei, auch werden die Kartellträger nicht straflos. So: Schütze S. 297 N. 14, R. Herzog aO. AM. alle Uebrigen, welche die Wirksamkeit einer einseitigen Aufgabe des Zweikpfs. annehmen, insbs. auch Berlin 5. Mai 75 St. 5 67, das seine gegentheilige Ansicht zum Theil auf den nicht zutreffenden Grund (N. 3) stützt, daß, falls eine Partei den Rücktritt definitiv erklärt habe, die andere überhaupt nicht mehr freiwillig zurücktreten könne; wenn ferner angeführt wird, daß das Gesetz Angesichts der gleichfalls eintretenden Straflosigkeit der Kartellträger auf das eigene Zuthun zur Verhütung des Zweikpfs. kein Gewicht lege, so wird dabei übersehen, daß die Straflosigkeit der Kartellträger auf ihrer materiellen Theilnehmereigenschaft beruht und deshalb nur eine Folge des objektiv wirkenden Strafaufhebungsgrundes ist (§ 46 N. 2).

§. 205.

Der Zweikampf wird mit Festungshaft von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

PrStGB. § 168 Abs. 1. Entw. I § 178 Abs. 1, II § 200.

1) Der einfache aus § 205 strafbare Zweikampf (vgl. § 201 N. 1—15) ist ein Vergehen, der Versuch desselben folglich, da er nicht ausdrücklich für strafbar erklärt ist, straflos. Der Zweikpf. ist vollendet, wenn mindestens von einer Seite der Kampf begonnen, d. h. eine auf Verletzung o. Tödtung des Gegners gerichtete Thätigkeit ausgeübt worden ist; so die GM., insbs. RG. II 20. Sept. 81 E. 4 408. Auch bei einer solchen nur einseitigen Thätigkeit ist der Zweikpf. für beide Theile vollendet, da derselbe seiner Natur nach (§ 201 N. 6) nicht für den einen Theil als vorhanden, für den andern als nicht vorhanden angenommen werden kann; so cit. RG. u. Hälschner 2 952.

Andererseits tritt die Vollendung des Zweikpfs. ohne Rücksicht auf einen Erfolg ein; es ist also gleichgültig, ob die Ueberwindung des Gegners oder überhaupt nur eine Verletzung desselben stattfand. Der Zweikpf. ist vielmehr ein Gefährdungsdelikt; s. o. § 201 N. 11 aE.

Fraglich ist, ob das seitens einer Partei erfolgende Schießen in die Luft auch als Vollendung des Zweikpfs. angesehen werden könne; regelmäßig wird ohne Unterscheidung der verschiedenen denkbaren Fälle verneint, daß das Schießen in die Luft ein Waffengebrauch sei; so: Hälschner 2 953, Teichmann HH. 3 400, Blum N. 1, v. Kirchmann N. 1, Meves § 208 N. 9, Oppenh. N. 1 u. 2, Puchelt N. 1, v. Schwarze N. 1. Geben beide Theile in der Absicht, fehl zu schießen, ihren Schuß ab, so liegt vollendeter Zweikpf. nicht vor, auch wenn jene Absicht dem Gegner unbekannt war (§ 201 N. 3_2); so RG. II 11. Nov. 90 E. 21 146; aM. Rüd.-St. N. 1, es müsse mindestens Einverständniß verlangt werden. Wird dagegen nur einseitig ohne Einverständniß mit dem Gegner in die Luft geschossen, so muß angenommen werden, daß mit dem in die Luft gefeuerten Schusse der Kampf begonnen habe; denn da durch das einseitige Abstehen von der Ueberwindung des Gegners der Charakter des Zweikpfs. nicht aufgehoben wird (§ 201 N. 3_1), so muß die, wenn auch in Wahrheit nur scheinbare, Angriffshandlung dennoch als ein Akt des Zweikpfs. angesehen werden und den Beginn desselben begründen; v. Liszt S. 348.

2) Der Zweikpf. schließt die in ihm erfolgende Körperverletzung bzw. Tödtung des Gegners in sich (§ 201 N. 2),; deshalb ist der Thatbestand des einfachen Zweikpfs. der

engere gegenüber den verschiedenen Thatbeständen der Körperverlzg., derjenige des schweren Zweikpfs. aus § 206 der engere gegenüber den verschiedenen Thatbeständen der Tödtung. Die Vorschriften der §§ 205, 206 schließen daher die allgemeineren Vorschriften der Abschn. 16, 17 aus, treten aber nicht mit denselben in Idealkonk. (§ 73 N. 12b). So: Binding I 368, Hälschner 2 953 u. GS. 35 180, Rüd.-St. N. 2. AM. Rödenbeck Zweikpf. S. 50.

3) Herausforderung zum Zweikpf. und Annahme derselben sind zwar lediglich Vorbereitungshdlgen, aber nothwendige, ohne welche ein Zweikpf. begrifflich garnicht denkbar ist (§ 201 N. 6); gegen diese Auffassung Ortloff G. 31 154 N. 18. In Folge dessen ist das Verhältniß der Straffanktionen der §§ 201 ff. zu den Strafbestimmungen über den vollendeten Zweikpf. gerade ein solches, als wenn in jenen ausdrücklich eine Vorbereitungshdlg. für strafbar erklärt worden wäre; das Verhältniß ist also analog demjenigen der §§ 83, 84, 86 zu den §§ 80, 81 (vgl. § 83 N. 2), nicht aber analog demjenigen des § 151 zu den §§ 146 ff. (vgl. § 151 N. 2). Es wird deshalb der Thatbestand dieser nothwendigen Vorbereitungshdlg. durch denjenigen des vollendeten Zweikpfs. genau so konsumirt wie derjenige einer strafb. Versuchshdlg. durch den Thatbestand des vollendeten Verbr.; so die GM., insbs. RG. II 20. Sept. 81 E. 4 408.

4) Die Bestrafung der Theilnahme (Th. I Abschn. 3) richtet sich, abgesehen von den §§ 209, 210, nach den allg. Regeln; Geyer 2 15 f., v. Liszt S. 348. Insbs. gilt dies auch vom Kartellträger, dessen Verg. aus § 203 — in Konsequenz des o. N. 3 Ausgeführten — bei Vollziehung des Zweikpfs. in dasjenige der Theilnahme an diesem übergeht; denn die Förderung des Thäters bei einer begrifflich nothwendigen Vorbereitungshdlg. erscheint als eine Hülfeleistung zur Begehung der That selbst. So, außer v. Liszt S. 349, auch H. Meyer S. 563 N. 54. AM.: RG. I 4. Dez. 84 E. 11 279 (nach der, — mehr eine Richtung der Milde als der Strenge zeigenden, — Tendenz des Gesetzes sowie aus der Anlehnung an das PrStGB., welches die entgegenstehende Auffassung gehabt habe, während andererseits die äußere Anordnung der in den §§ 201—210 enthaltenen Bestimmungen nicht entgegenstehe), Hälschner 2 958, Schütze S. 296, Oppenh. § 203 N. 4, Levi Zweikpf. S. 127 (wegen der weiten Fassung des § 203).

Speziell Beihülfe (§ 49) zum Zweikpf. ist in der Praxis des RG. angenommen im Falle der Mitwirkung bei einem für die Statthaftigkeit eines Zweikpfs. sich aussprechenden Ehrengerichte (III 29. Okt. 81 E. 5 140), selbst dann, wenn lediglich darüber zu befinden war, auf welche Waffen der beschlossene Zweikpf. ausgefochten werden sollte, da es gleichgültig sei, ob die Hülfeleistung (vgl. § 49 N. 8) eine wesentliche sei oder nicht (III 18. Jan. 86 E. 13 265), ebendeshalb auch seitens desjenigen, der, ohne stimmberechtigtes Mitglied zu sein, in der Ehrengerichtssitzung lediglich das Protokoll geführt hatte (III 25. Apr. 87 R. 9 285).

5) Die Strafe ist Festungshaft von 3 Mt.—5 J. (§ 17₂). Wegen Straflosigkeit gewisser Gehülfen (N. 4) vgl. § 209.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67₃ (das. N. 5₂) in drei Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 206.

Wer seinen Gegner im Zweikampf tödtet, wird mit Festungshaft nicht unter zwei Jahren, und wenn der Zweikampf ein solcher war, welcher den Tod des einen von Beiden herbeiführen sollte, mit Festungshaft nicht unter drei Jahren bestraft.

PrStGB. §§ 168 Abs. 2, 169. Entw. I §§ 178 Abs. 2, 179, II § 201. StB. S. 656. Aktenst. Nr. 85.

1) Wenn § 206 zunächst denjenigen, „wer seinen Gegner im Zweikpf. tödtet", mit Strafe bedroht, so geschieht solches nur scheinbar in selbständiger Weise; in Wahrheit bildet „die Tödtung des Gegners" lediglich einen i. S. der §§ 262, 264, 266, 295 der StPO. straferhöhenden Umstand des Verg. aus § 205, dessen Natur durch die gleichsam versteckte Aufstellung nicht beeinträchtigt wird.

2) Der Thäter hat „seinen Gegner im Zweikampf getödtet", wenn er den Tod desselben durch eine ihm im Zweikpf. vorsätzlich zugefügte Verletzung (Geyer 2 15, Hälschner 2 953, v. Liszt S. 349) verursacht hat (Th. I Abschn. 4 N. 3₂), mag der Tod sofort auf dem Kampfplatze oder erst später eingetreten sein; so die GM.; aM. Villnow GS. 37 631, weil es „im Zweikpf." heiße u. weil der Tödtung nicht die tödtl. Verwundung gleichgestellt sei. Gleichgültig ist hiernach, ob die Verursachung auf dem Vorsatz des Thäters beruhte oder nicht; aM. jedoch Geyer aO., die Strafe des § 206 trete nicht ein, wenn die Tödtung keine absichtliche sei.

Nur, wenn der Kausalzusammenhang zwischen der Verletzung und dem erfolgten Tode nicht nachweisbar ist (vgl. z. B. Berlin 6. Juni 77 St. 7 295), entfällt die Bestrafung; denn ohne Verursachung keine Zurechnung (§ 54 N. 7 b). Ausgeschlossen sind hiernach Fälle, in denen die Tödtung überhaupt nicht Folge vorsätzlicher Verletzung seitens des Gegners war, wie z. B. wenn der Tod durch Schuß in Folge unvorsichtiger Handhabung der Schußwaffe oder durch Abspringen der Klinge erfolgte (Hälschner 2 954, H. Meyer S. 560 f.), oder wenn der Getödtete auf die Klinge des Gegners vorsätzlich aufrannte (v. Liszt S. 349). Aber auch dann findet § 206 keine Anwendung, wenn die zugefügte Wunde an sich nur unbedeutend war und durch eigenes fahrlässiges Verhalten zu einer todtbringenden wurde; denn auch hier liegt keine Verursachung vor (vgl. Th. I Abschn. 3 N. 2); aM. alle diejenigen, die den Ursachenbegriff prinzipiell abweichend bestimmen, wie namentl. RG.

3) Der § 206 hebt noch als einen weiteren Umstand hervor, „wenn der Zweikampf ein solcher war, welcher den Tod des einen von Beiden herbeiführen sollte"; dieses ist jedoch ein straferhöhender Umstand, nicht des einfachen aus § 205 strafb., sondern des schweren im § 206 selbst an erster Stelle behandelten Zweikpfs.; Villnow GS. 37 631. Es liegt augenscheinlich hierin der Grund dafür, daß „die Tödtung des Gegners" nicht auch äußerlich als straferhöh. Umst. des einfachen Zweikpfs. hingestellt ist, sondern daß eine selbständige Redaktion stattgefunden hat; N. 1.

4) Der zweite straferhöh. Umst. (N. 3) besagt nicht, daß der Tod des Gegners während des Zweikampfes, d. h. während der That selbst, beabsichtigt gewesen sein müsse. Diese Ansicht würde zwar auf Grund der Fassung des entsprechenden § 201 des Entw. zutreffend gewesen sein (so richtig Rubo N. 4), nicht aber auf Grund des § 206, welcher keineswegs jenem gegenüber eine bloße Fassungsänderung erlitten hat, wie F. Meyer N. 3 annimmt (vgl. Abschn. 15 N. 1 aE.). Nach dem Gesetze selbst kommt es lediglich darauf an, ob bei der Vereinbarung des Zweikampfs die ausdrücklich ausgesprochene oder aus den Umständen erhellende Absicht vorlag, daß einer von beiden Theilen das Leben verlieren sollte (§ 202), während es gleichgültig ist, ob bei Vollziehung des Zweikpfs. selbst diese Absicht noch obwaltete und ob der Thäter überhaupt, sei es zur Zeit der Herausforderung oder des Zweikpfs. selbst, den Tod seines Gegners beabsichtigte oder seinen eigenen Tod suchte; so: Hälschner 2 954, Oppenh. N. 3; aM. Levi Zweikpf. S. 114, insofern er annimmt, daß die Vereinbarung bis zur Setzung der Todesursache nicht widerrufen worden sei. Das Gesetz läßt bei verursachter Tödtung des Gegners eine weitere Straferhöhung nur mit Rücksicht auf die Gefährlichkeit der gewählten Art des Zweikpfs. eintreten, auch hier kein Gewicht darauf legend, ob die Tödtung selbst auf Vorsatz beruhte oder nicht; Levi aO.

5) Ein Versuch ist bei keinem der beiden Verbr. denkbar, weil das Gesetz kein Gewicht darauf legt, ob die Tödtung des Gegners auf dem Vorsatze des Thäters beruhte; § 43 N. 5. Es gilt dieses nicht nur für das erstere der beiden Verbr. (N. 2), sondern nach dem N. 4 Ausgeführten ebenso für das letztere; Teichmann HH. 3 400, Oppenh. N. 2, Puchelt N. 2; auch Hälschner 2 955 u. Rubo N. 3 verneinen die Strafbarkeit eines Versuches aus § 206, weil ein solcher nichts anderes sei als ein Akt des aus § 205 strafb. Zweikpfs.

6) Die Strafe ist Festungshaft und zwar im Falle des leichteren Verbr. von 2—15, im Falle des schwereren von 3—15 J. (§ 17₁).

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67₁ bei beiden Verbr. in funfzehn Jahren. Wegen des Beginnes der Verjährung vgl. das. N. 9.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73 ²⁻⁷, 136 ¹.

§. 207.

Ist eine Tödtung oder Körperverletzung mittels vorsätzlicher Uebertretung der vereinbarten oder hergebrachten Regeln des Zweikampfs bewirkt worden, so ist der Uebertreter, sofern nicht nach den vorhergehenden Bestimmungen eine härtere Strafe verwirkt ist, nach den allgemeinen Vorschriften über das Verbrechen der Tödtung oder der Körperverletzung zu bestrafen.

PrStGB. § 171. Entw. I § 180, II § 202.

1) Die bei einem Zweikpf. verursachte Tödtung oder Körperverletzung des Gegners wird nicht auf Grund der allgemeinen Bestimmungen der Abschn. 16, 17, sondern auf Grund der Spezialvorschriften der §§ 205, 206 bestraft (§ 205 N. 2). Verliert aber der zwischen zwei Personen ausgefochtene Kampf den Charakter als Zweikpf., so fallen folgeweise die Tödtung bzw. die etwaigen Körpervltzgen des Gegners lediglich unter die erwähnten allgemeinen Bestimmungen. Es ist demnach die Frage von Bedeutung, wann anzunehmen sei, daß ein begonnener Zweikpf. als solcher nicht mehr angesehen werden könne.

2) Inhalts des § 207 selbst geht der Charakter eines Zweikpfs. jedenfalls durch „vorsetzliche Uebertretung der vereinbarten oder hergebrachten Regeln desselben" verloren; denn eine „mittels" solcher vorsätzlichen Uebertretung bewirkte „Tödtung oder Körperverltzg." ist an dem „Uebertreter" regelmäßig „nach den allgemeinen Vorschriften über das Verbrechen der Tödtung oder Körperverltzg." zu bestrafen.

Bei dieser Bestimmung ist nicht außer Acht zu lassen, daß die Tödtung ꝛc., trotz vorsätzlicher Uebertretung der Zweikampfsregeln, dennoch nicht vorsätzlich verursacht zu sein braucht, sondern auch fahrlässig herbeigeführt sein kann; die „vorsätzliche Uebertretung" ist nur das Mittel der Tödtung, nicht aber die Tödtung nothwendig eine „vorsätzliche mittels Uebertretung"; Rubo N. 3, Rüd.-St. N. 2.

3) Ist eine „Tödtung oder Körperverletzung" mittels vorsätzlicher Uebertretung der Zweikpfsregeln bewirkt worden, so genügt nicht die ausschließliche Feststellung des Thatbestandes einer nach den allgemeinen Vorschriften strafb. Tödtung oder Körperverltzg., sondern es muß auch ausdrücklich der Umstand festgestellt werden, daß „die Tödtung ꝛc. mittels vorsätzlicher Uebertretung der Regeln des Zweikampfes bewirkt worden sei", weil die Bestrafung unter dieser Voraussetzung zwar regelmäßig „nach den allgemeinen Vorschriften über das Verbrechen der Tödtung o. der Körperverltzg." zu erfolgen hat, ausnahmsweise jedoch „nach den vorhergehenden Bestimmungen" geschehen muß, sofern nämlich nach diesen „eine härtere Strafe verwirkt ist". Es ist also nicht, wie im Falle des § 73, dasjenige Gesetz maßgebend, welches die schwerste Strafe androht, sondern die im Einzelfalle verwirkte härtere Strafe ist zu verhängen; welches die „härtere Strafe" sei, deren Gegensatz die „mildere" ist (§ 233 N. 2), bestimmt sich nach § 2 N. 23, nicht nach § 73 N. 26 f.; denn die eigenthümliche Vorschrift des § 207 geht keineswegs dahin, daß die Grundsätze über Idealkonk. zur Anwendung gebracht werden sollen. So: Binding **1** 356 (es liege der oben § 73 N. 13b bezeichnete Fall der Subsidiarität vor), Hälschner **2** 955, Teichmann HH. **3** 401, Schütze S. 295 N. 11, Rüd.-St. N. 3, v. Schwarze, Villnow, GS. **34** 598, **37** 633. AM.: Oppenh. N. 1, Rubo N. 1, welche annehmen, daß es um Idealkonk. sich handele; nach Ortloff G. **32** 467 soll der Grundsatz des § 73 im allg. dahin zur Geltung gebracht worden sein, daß die poena major selbst da Platz greife, wo nur der Schein einer Gesetzeskonk. vorliege; ähnlich sieht Thomsen GS. **31** 40 im § 207 einen Fall, in dem ausnahmsweise für den Konflikt von Festungsh. u. Gef. das Proportionalitätsverhältniß nach § 21 entscheidend sei.

Wenn übrigens von den Vorschriften „über das Verbrechen der Tödtung ꝛc." gesprochen wird, so liegt nur eine inkorrekte Ausdrucksweise vor (vgl. § 1 N. 9); so: Hälschner **2** 955, Levi Zweikpf. S. 116; aM. Thomsen aO., es seien in der That nur die Vorschriften über Verbr., nicht auch über Verg. gemeint, ferner Villnow aO.

4) Uebrigens sind beim Vorliegen der Voraussetzung des § 207 nicht alle Strafbestim-

mungen über den Zweikpf. mit den allgemeinen Vorschriften der Abschn. 16, 17 in Vergleich zu ziehen, sondern nur die dem § 207 vorhergehenden Bestimmungen der §§ 205, 206, nicht aber die nachfolgende des § 208; Hälschner 2 955, Villnow GS. 37 633. Hierin liegt eine Aenderung gegenüber dem PrStGB.; denn dieses ließ in den §§ 170, 171 den Inhalt des § 207 RStGB. auf denjenigen des § 208 folgen, so daß die erhöhte Strafandrohung wegen Zweikpfs. „ohne Sekundanten" auch zu den „vorhergehenden" Bestimmungen gehörte. Die Umstellung, welche schon im Entw. I vorgenommen wurde, ohne daß die Motive bzw. Rubo u. Rüdorff in ihren Kommentaren darüber einen Aufschluß geben, ist deshalb nicht blos von redaktioneller, sondern von materieller Bedeutung (Abschn. 15 N. 1), weil nunmehr bei einer Tödtung ꝛc. in einem Zweikpfe ohne Sekundanten mittels vorsätzlicher Uebertretung der Zweikampfsregeln unbedingt die allg. Vorschriften zur Anwendung kommen müssen, während in einem solchen Falle nach dem PrStGB. die Strafe unter Umständen aus der dem § 208 entsprechenden Strafsanktion zu verhängen gewesen sein würde; vgl. übrigens § 208 N. 2.

5) Theilnehmer am Zweikpfe, selbst soweit sie nach § 209 straflos sind, werden gleichfalls nach den allg. Vorschriften der Abschn. 16, 17 bzw. über Theilnahme (Th. I Abschn. 3) strafbar, wenn sie an der vorsätzlichen Uebertretung der Zweikampfsregeln Theilnehmer und dadurch selbst zu Uebertretern derselben werden; Oppenh. N. 2, Puchelt N. 1, Rüd.-St. N. 4, v. Schwarze N. 1.

6) Die „fahrlässige" Uebertretung der Zweikpfsregeln bedingt keineswegs eine Aufhebung des Charakters des Kampfes als Zweikampf; Maurer Zweikpf. S. 30. Uebertretungen aus Unachtsamkeit kommen häufig vor, ohne daß nach der bei Zweikämpfen beobachteten Praxis der Uebertreter dadurch außerhalb der Zweikpfsregeln sich stellte und folgeweise der milderen Beurtheilung seiner Hdlg. auf Grund der Vorschriften des Abschn. 15 unwürdig zeigte. Eine häufigere Uebertretung der Regeln aus Fahrlässigkeit kann nur Veranlassung zum förmlichen Abbruch des Zweikpfes geben. Hiernach ist derjenige, welcher „mittels fahrlässiger Uebertretung" der Zweikpfsregeln eine Tödtung ꝛc. bewirkt, aus den §§ 205, 206, 208 strafbar (Binding 1 368), auch dann, wenn die Tödtung selbst — was immerhin möglich (s. das Umgekehrte o. N. 2) — vorsätzlich erfolgte, so z. B. wenn der Thäter, welcher seinen Gegner zu tödten beabsichtigte, in der Aufregung fahrlässiger Weise, gegen die vereinbarte Kampfesregel, den ersten Schuß abgab und durch denselben seinen Gegner tödtete. So Rüd.-St. N. 5. AM. Rubo N. 1, welcher in solchen Fällen gleichfalls nach den allg. Vorschriften der Abschn. 16, 17 strafen will.

§. 208.

Hat der Zweikampf ohne Sekundanten stattgefunden, so kann die verwirkte Strafe bis um die Hälfte, jedoch nicht über funfzehn Jahre erhöht werden.

PrStGB. § 170. Entw. I § 181, II § 203.
Entw. d. StGN. Art. I § 208. Aktenst. 1875/76 Nr. 54. StB. 1875/76 S. 1004.

1) Hat der Zweikpf. „ohne Sekundanten" stattgefunden, gleichgültig ob solches von vornherein vereinbart war oder nicht (Meves N. 8), so steht dem Richter nach § 208 die Befugniß zu („kann"), die „verwirkte Strafe zu erhöhen". Der Richter muß also ev. zunächst — und er ist dazu in der Lage, da nur ein bestimmt präzisirter Umstand außer Betracht bleiben soll (vgl. § 157 N. 2) — diejenige Strafe abmessen, welche der Angeklagte, ohne Rücksicht darauf, daß keine Sekundanten zugezogen waren, verwirkt hat. Dieses Verfahren muß aus dem Urtheile zu ersehen sein, da nur alsdann erhellt, daß dem § 208 entsprochen sei; es genügt nicht, wenn das Urtheil lediglich erkennen läßt, der Richter habe von der Ermächtigung des § 208 Gebrauch gemacht, weil dadurch eine Nachprüfung in der Richtung, ob der gesetzentsprechende Gebrauch gemacht sei, nicht ermöglicht wird; so Rüd.-St. N. 1; aM. Meves N. 11 A. 7.

2) Die Befugniß zur Straferhöhung steht dem Richter für alle Fälle zu, in denen eine Strafe wegen Zweikpfs. verwirkt ist, also auch dann, wenn zwar eine Tödtung ꝛc.

„mittels vorsätzlicher Uebertretung der Zweikpfsregeln" bewirkt war, dennoch aber auf Grund der §§ 205, 206 eine „härtere Strafe" verwirkt war als auf Grund der allg. Vorschriften (§ 207). So: Meves N. 12, Oppenh. N. 2, Levi Zweikpf. S. 117. AM.: Geyer 2 16, Fuchs (Marburg) G. 18 461, es habe § 208 für die Bestrafung des Zweikpfs. mit vorsätzlicher Uebertretung der Kampfesregeln keine Bedeutung. Unklar ist Rubo N. 3, „die Berechtigung trete nur in Kraft, insoweit die Strafe an und für sich auf Grund der §§ 205—207 erkannt werde", da in Wahrheit nicht auf Grund des § 207, sondern nach dem daselbst aufgestellten Prinzipe entweder auf Grund der §§ 205, 206 oder auf Grund der Abschn. 16, 17 auf Strafe zu erkennen ist.

3) In der Ausübung der Befugniß ist der Richter derartig unbeschränkt, daß er die Straferhöhung einer Partei gegenüber eintreten lassen kann, der anderen gegenüber aber nicht; Hälschner 2 954.

4) Die verwirkte Strafe kann erhöht werden „bis um die Hälfte, jedoch nicht über funfzehn Jahre"; die StGN. substituirte diese Zahl den „zehn Jahren", welche in die ursprüngliche Fassung durch ein Redaktionsversehen aufgenommen waren; § 17 N. 1.

Dieses Maß der zulässigen Erhöhung gestattet dem Richter, von der ihm verliehenen Befugniß im Falle des § 205 stets im vollen Umfange Gebrauch zu machen, während dieses im Falle des § 206 nur dann geschehen kann, wenn die verwirkte Strafe nicht mehr als zehn Jahre Festungsh. betrug; wurde dagegen schon an sich der zulässige Höchstbetrag von funfzehn Jahren für verwirkt erachtet, so kann eine Straferhöhung garnicht eintreten, während in den Fällen, wo die verwirkte Strafe mehr als zehn und weniger als funfzehn Jahre Festungsh. betrug, von der Befugniß zwar Gebrauch gemacht werden kann, jedoch nicht durch Erhöhung „bis um die Hälfte", sondern nur „bis zu funfzehn Jahren".

Immerhin muß auf Grund des § 208 der „Zweikampf ohne Sekundanten" durchweg und nicht blos, wenn im Einzelfalle die erhöhte Strafe fünf Jahre Festungsh. überschreitet, als Verbrechen (§ 1_1) angesehen werden; denn durch die Bestimmung des § 208 ist allerdings singulärer Weise jeder Fall des Zweikpfs. ohne Sekundanten „mit Festungsh. von mehr als fünf Jahren" bedroht; Binding 1 515 N. 18, F. Meyer § 206 N. 1, Levi Zweikpf. S. 117.

5) Die Streitfrage, ob überhaupt ein Versuch des Zweikpfs. denkbar sei (vgl. § 204 N. 2; dafür H. Meyer S. 560; dagegen Merkel HRl. „Zweikpf.") hat kein praktisches Interesse, da § 208 seinem Wortlaute nach erfordert, daß der Zweikpf. stattgefunden habe (vgl. § 151 N. 3). Darnach ist bei diesem Verbrechensthatbestande jedenfalls die Möglichkeit eines Versuches ausgeschlossen. So: Meves N. 9, Levi Zweikpf. S. 117. AM.: H. Meyer S. 560, Rüd.-St. N. 4.

6) Nach dem Bemerkten stellt sich der Nebenumstand, daß der Zweikpf. „ohne Sekundanten" stattgefunden hat, als ein straferhöhender Umstand i. S. der §§ 262, 264, 266, 295 der StPO. dar, und zwar gilt dieses auch für den Fall eines Zweikpfs. mit tödtlichem Ausgange (§§ 206, 208).

7) Nach § 67_1 verjährt die Strafverfolgung eines Verbr. aus den §§ 205, 208 in zehn Jahren, eines solchen aus den §§ 206, 208 in funfzehn Jahren. Wegen des Beginnes der Verjährung vgl. § 67 N. 9.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73^2, 136^1.

§. 209.

Kartellträger, welche ernstlich bemüht gewesen sind, den Zweikampf zu verhindern, Sekundanten, sowie zum Zweikampf zugezogene Zeugen, Aerzte und Wundärzte sind straflos.

PrStGB. §§ 173, 172. Entw. I §§ 183, 182, II § 204.

1) „Kartellträger" sind, falls der Zweikpf. nicht vollzogen wurde, unter die selbstständige Strafandrohung des § 203 gestellte Gehülfen zum Verg. der Herausforderung (§ 203 N. 1), falls aber der Zweikpf. stattfand, Gehülfen zu diesem selbst (§ 205 N. 2). In-

dem nun § 209 unter einer gewissen Voraussetzung die Straflosigkeit der Kartellträger ausspricht, statuirt derselbe damit eine Ausnahme vom Prinzip des § 49 (das. N. 29a) bzw. von der Spezialvorschrift des § 203.

2) Die Voraussetzung für die Straflosigkeit der Kartellträger ist, daß dieselben „ernstlich bemüht gewesen sind, den Zweikampf zu verhindern". Da „verhindern" begrifflich ein erfolgreiches oder gänzliches Hindern bezeichnet (§ 46 N. 11b), so liegt eine Bemühung den „Zweikpf. zu verhindern" dann nicht vor, wenn die Thätigkeit der Kartellträger erst nach Beginn des Zweikpfs. darauf sich richtete, seine Fortsetzung zu hindern; so: Hälschner 2 958, Rüd.-St. N. 1; aM. v. Kirchmann N. 1. Während hier also die Gehülfen an der strafb. Hdlg. durch ihre auf die „Verhinderung" des Zweikpfs. gerichtete Bemühung straflos werden, ist im Falle des § 46, insbs. der Nr. 2 (das. N. 7), die Bemühung der Gehülfen überhaupt nicht geeignet, deren Straflosigkeit herbeizuführen, sondern nur die Bemühung der Thäter selbst, dieses aber auch nur dann, wenn die Bemühung von Erfolg begleitet war.

Ob die Bemühung Erfolg hatte o. nicht, ist gleichgültig, wenn sie nur „ernstlich" war.

Ebenso gleichgültig ist, ob sie vor oder nach Annahme der Herausforderung stattfand (Rubo N. 2), oder ob überhaupt eine Annahme erfolgte; es würde widersinnig sein, die Straflosigkeit dann nicht eintreten zu lassen, wenn die Bemühung von einem solchen Erfolge begleitet war, daß eine Annahme der Herausforderung garnicht stattfand. Dieses zugegeben, erscheint es aber überhaupt gleichgültig, ob eine Annahme erfolgte oder aus welchem Grunde dieses nicht geschah, wenn nur nach Ausrichtung der Herausforderung eine ernstliche auf Verhinderung des Zweikpfs. gerichtete Bemühung des Kartellträgers vorlag. Eine Bemühung freilich, welche vor Ausrichtung der Herausforderung dem Herausforderer selbst gegenüber dahin stattfand, daß er von der Herausforderung abstehen möge, kann die Anwendung des § 209 nicht rechtfertigen; denn der Betreffende, den der Herausforderer um Ausrichtung seines Auftrages ersuchte, ist i. S. des § 203 überhaupt nicht Kartellträger, ehe er nicht den Auftrag ausführte; suchte er also vorher den Herausforderer zu bestimmen, von der Forderung abzustehen, so liegt eine rechtliche Bemühung eines Kartellträgers, den Zweikpf. zu hindern, überhaupt noch nicht vor (so: RG II 20. März 88 E. 17 243, Hälschner aO., Rüd.-St. N. 1; aM. Levi Zweikpf. S. 128), ebensowenig wie in dem Falle, wenn Jemand sich bemüht, den Beleidiger zur Zurücknahme seiner Beleidgg. zu bewegen, ehe noch feststand, daß dieserhalb eine Herausforderung erfolgen werde; Mannheim 16. Sept. 76 BadA. 42 378. Richtet der Betreffende demnächst seinen Auftrag aus, so ist er dadurch Kartellträger geworden; er ist folglich als solcher strafbar, mochte er auch die Erwartung hegen, die Herausforderung werde nicht angenommen werden; RG. III 12. Nov. 91 E. 22 218. Die Strafbarkeit bleibt unbedingt auch selbst dann bestehen, wenn der Geforderte die Herausforderung sofort ablehnt; denn vermochte der Kartellträger in Folge einer solchen Ablehnung seine auf Verhinderung des Zweikpfs. gerichtete Absicht durch Vorstellungen an den Geforderten nicht zu bethätigen, so vermag er sich durch sein weiteres Verhalten sowenig straflos zu machen, wie beim Herausforderer selbst noch von einer freiwilligen Aufgabe gesprochen werden kann (§ 204 N. 5); so auch: cit. RG. 12. Nov. 91, Darmstadt 19. Apr. 75 HessE. v. 76 Bd. 2 B S. 21, Hälschner aO., Oppenh. N. 3, Rüd.-St. N. 1, während Levi Zweikpf. S. 128 annimmt, daß Bemühungen des Kartellträgers dem Herausforderer gegenüber noch Wirkung hätten.

3) „Sekundanten" und „Zeugen" des Zweikpfs., namentl. auch der sog. Unparteiische, sind zweifellos Gehülfen zum Zweikpfe selbst. Aber auch die „Aerzte und Wundärzte", welche zum Zweikpfe zugezogen worden sind, wird man als Gehülfen betrachten müssen, da die Regeln des Zweikpfs. — von Ausnahmefällen abgesehen — die Zuziehung medizinischer Sachverständiger verlangen; auch sie würden daher nach dem Prinzipe des § 49 strafbar sein; so Ortloff G. 31 344, der mit Recht „Aerzte" 2c. von geprüften Aerzten i. S. der GewerbeO. versteht (vgl. § 174 N. 17a), auch Villnow GS. 37 636 u. R. Herzog Rücktritt S. 194. Die Vorschrift des § 209, soweit sie ohne Weiteres die Straflosigkeit der eben gedachten Personen ausspricht, enthält daher eine Ausnahme

vom Prinzip des § 49. Dieselbe darf daher auf andere Fälle der Beihülfe nicht ausgedehnt werden; so: Hälschner 2 959, Oppenh. N. 5; aM. Rüd.-St. N. 2, der es mit § 209 nicht für vereinbar erachtet, wenn „entferntere" Beihülfe strafbar sein solle, während die „nächste" straflos erklärt sei; diese Ansicht verkennt aber nicht nur den Gedanken, welcher dem § 209 zu Grunde liegt, sondern trägt auch in das Gesetz eine demselben unbekannte Unterscheidung des Begriffs der Beihülfe hinein. Noch unzulässiger ist eine Ausdehnung auf die Anstiftung zum Zweikpf.; Oppenh., Rüd.-St. aO.

4) Der § 209 enthält jedenfalls einen strafausschließenden Umstand i. S. der StPO. §§ 262, 266. Die Frage, ob er auch einen strafaufhebenden Umstand i. S. der StPO. § 295₂ enthalte, ist von Bedeutung, falls die Anklagebehörde gegen einen Kartellträger in der Annahme, daß er nicht ernstlich bemüht gewesen sei, den Zweikpf. zu hindern, die Anklage erhebt. Wenn Jemand einen Auftrag zur Herausforderung zwar übernommen, solchen aber nicht ausgerichtet, sondern von vornherein sich bemüht hat, den Zweikpf. zu verhindern, so ist er überhaupt nicht Kartellträger i. S. des § 203 und muß folglich bei einer gegen ihn aus § 203 erhobenen Anklage ohne Weiteres freigesprochen werden; Oppenh. N. 1, Rubo N. 2, v. Schwarze N. 3. Hat dagegen Jemand den Auftrag zu einer Herausforderung angenommen und ausgerichtet, so ist er hierdurch zunächst aus § 203 strafbar geworden, mag er auch, sei es sofort im Anschluß an die Ausrichtung der Herausforderung, sei es später, bemüht gewesen sein, den Zweikpf. zu verhindern. Es enthält hiernach, wie auch durch die Worte „sind straflos" (vgl. § 46 N. 4) korrekt ausgedrückt wird, § 209 für den Kartellträger einen Strafaufhebungsgrund i. S. der StPO. § 295; Dorendorf StPO. § 295 N. 3.

5) Wenn übrigens die Wendung „sind straflos" in der Praxis bisweilen, ähnlich dem § 199, so ausgelegt wird, daß der Angeklagte „zwar des Verg. der Kartellträgerei schuldig, dagegen für straflos" zu erklären sei, so geschieht solches zu Unrecht; Rüd.-St. N. 3. Die Straffreiheit im Falle des § 199 trotz erwiesener Schuld beruht auf der ausnahmsweise zugelassenen Aufrechnung strafb. Hdlgen verschiedener Personen gegen einander. Im Falle des § 209 beruht jedoch die Straflosigkeit der dort genannten Personen in ihrer Handlungsweise selbst, indem diese von vornherein vom Gesetze als ein schuld- bzw. strafbares Verhalten garnicht angesehen wird; vgl. R. Herzog Rücktritt S. 193. Uebrigens spricht auch § 46 nur von der „Straflosigkeit" des Versuchs und § 204 von dem „Wegfall der Strafe der Herausforderung", ohne daß deshalb jemals für nothwendig erachtet worden wäre, in der Urtheilsformel ein Schuldig neben der Straflosigkeit auszusprechen. Im Falle des § 209 wird man die Urtheilsformel nicht einmal dahin zu fassen haben, „daß der Angeklagte der strafbaren Kartellträgerei nicht schuldig ꝛc.", sondern vielmehr mit einem „nicht schuldig der Kartellträgerei" sich genügen lassen können; denn im Falle ernstlicher Bemühung zur Verhinderung des Zweikampfes besteht eine Kartellträgerei i. S. des § 203 überhaupt nicht.

§. 210.

Wer einen Anderen zum Zweikampf mit einem Dritten absichtlich, insonderheit durch Bezeigung oder Androhung von Verachtung anreizt, wird, falls der Zweikampf stattgefunden hat, mit Gefängniß nicht unter drei Monaten bestraft.

PrStGB. § 176. Entw. I § 184, II § 205.

1) Wegen „Anreizen" vgl. § 112 N. 1. Wenn „zu etwas" angereizt wird, so muß der Anreizende das Betreffende veranlassen wollen; bei der Anreizung „zum Zweikampf" (§ 201 N. 1—15) muß somit der Zweikpf. den Zweck des Anreizenden bilden, mag auch weiterhin noch ein entfernterer Endzweck (z. B. der Tod der angereizten Person oder ihres Gegners) verfolgt werden; so: Hälschner 2 959, Rüd.-St. N. 1, Ortloff, Fuchs, GS. **34** 449, **36** 12; aM. Villnow GS. **37** 637 ff. (s. jedoch unten) u. Lucas Subj. Verschuldg. S. 31, es gehöre nicht zum Thatbestande, daß die Absicht des Thäters auf das Zustandebringen des Zweikpfs. gerichtet sei. Hiernach und da das Anreizen nothwendig ein vorsätzliches sein muß, erscheint das „absichtlich" jedenfalls überflüssig (so Hälschner aO.), mag nun

dieses Wort hier, wie so häufig im StGB., lediglich statt „vorsätzlich“ gebraucht sein, was anzunehmen ist (so auch: Dresden 25. März 78 SächsGZ. 22 262, Binding Normen 1 216 N. 16, 2 597, v. Liszt S. 350, Oppenh. N. 2, v. Schwarze N. 3 A. 1, Lucas aO., Levi Zweikpf. S. 131), oder mag man darin (mit Rüd.-St., Ortloff u. Fuchs aO.) die Bezeichnung jenes Zweckes finden; abweichend versteht Villnow aO., in Unterscheidung zwischen „Absicht“ und „Beabsichtigen“, unter jener Wendung ein absichtliches Handeln, bei welchem der Eintritt des Zweikpfs. als ein wahrscheinlicher erkannt werde.

2) Wenn auch das Anreizen, namentl. im Gegensatz zum „Auffordern“ (§ 112 N. 1), ein indirektes Handeln bezeichnet, wie auch darin sich dokumentirt, daß das Gesetz vom Anreizen „insonderheit durch Bezeigung oder Androhung (§ 48 N. 11a) von Verachtung (§ 131 N. 8)“ spricht, also von Fällen bereits eingetretener oder drohender Beleidgg., so ist doch nicht ausgeschlossen, daß die Voraussetzungen des Zweikpfs. durch die Anreizung selbst und gleichzeitig mit derselben erst geschaffen worden; deshalb kann auch in dem Mittheilen der Beleidgg. eine Anreizung gefunden werden, wenn der Mittheilende weiß, daß diese einen bestimmten Zweikpf. herbeiführen werde; RG. I 5. Mai 88 E. 18 239 (dem gegenüber zu betonen, daß auch in solchem Falle nur indirektes Handeln vorliegt).

3) Die Merkmale der Anstiftung (§ 48) werden nicht vorausgesetzt, können aber vorliegen; RG. I 5. Nov. 88 E. 18 239, Hälschner 2 960, Merkel HRl. Zweikpf., Rüd.-St. N. 2, Levi Zweikpf. S. 81. Ev. ist nicht aus § 49, sondern wegen der auf Gefängniß (u. N. 7) lautenden Strafandrohung die Strafe aus § 210 zu bestimmen; Hälschner aO.

Auch eine — intellektuelle — Beihülfe (§ 49) kann im Anreizen liegen; Levi aO.

4) Die Anreizung, der auch eine der im § 209 gedachten Personen sich schuldig machen kann (so das cit. RG. 5. Nov. 88), muß stattgefunden haben zum Zweikpf. nicht mit dem Anreizenden selbst, sondern „mit einem Dritten“, d. h. mit einem bestimmten Dritten. Doch kann Jemand einen Anderen anstiften, einen Dritten zum Zweikpf. mit ihm — dem Anstifter — anzureizen; vgl. hierüber v. Kries ZfStRW. 7 536.

5) Die Bestrafung ist noch davon abhängig gemacht, daß „der Zweikampf stattgefunden hat“. Ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Anreizung und dem Zweikampfe wird nicht erfordert; so: Hälschner 2 960, v. Liszt S. 350, v. Rohland Gefahr S. 37; aM.: v. Schwarze N. 4, Villnow GS. 37 643. Doch muß zwischen beidem wenigstens ein zeitlicher Zusammenhang (vgl. § 87 N. 5) bestehen; so: Oppenh. N. 3, Levi Zweikpf. S. 130. Hiernach ist eine außerhalb des Deliktsthatbestandes liegende Bedingung (vgl. § 170 N. 6a) aufgestellt; so Binding Normen — 1. Aufl. — 1 131, während er nunmehr Strafr. 1 590 kein doppelt bedingtes Strafrecht annimmt, sondern in der Bedingung eine Präsumtion für die schwer beweisliche Ursächlichkeit erblickt.

6) Mit dem Verg. des Kartelltragens (§ 203) kann, je nach Umständen, Ideal- o. Realkonkurrenz (§§ 73, 74) stattfinden, denn jenes ist von dem Verg. aus § 210 wesentlich verschieden; so Rüd.-St. N. 4; aM. Binding 1 362, die Strafe des Kartelltragens sei derjenigen für die Anreizung zum Zweikpf. subsidiär (§ 73 N. 13), so daß ev. allein nach § 210 zu strafen sei, ferner Levi Zweikpf. S. 130.

7) Die Strafe ist Gefängniß von 3 Mt.—5 J. (§ 16), ausnahmsweise nicht Festungshaft (Abschn. 15 N. 1).

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67, in fünf Jahren. Die Verjährung beginnt erst nach Vollziehung des Zweikpfs. (N. 5 u. § 67 N. 10).

Zuständig ist Strafk.; GVG. § 73[1], 27.

Sechszehnter Abschnitt.

Verbrechen und Vergehen wider das Leben.

1) Die Disposition dieses Abschnittes schließt sich streng an diejenige des Tit. 15 des PrStGB. an; eingeschaltet sind lediglich die Strafbestimmungen gegen die Tödtung eines Einwilligenden (§ 216) und die sog. Lohnabtreibung (§ 219), während die Vorschrift

des PrStGB. § 185 btr. die Feststellung des Thatbestandes der Tödtung als entbehrlich nicht wiedergegeben ist, die gegen die Beiseiteschaffung eines Leichnams gerichtete des § 186 aber, als Uebertr., im Abschn. 29 (§ 367[1]) Aufnahme gefunden hat.

2) Im Einzelnen behandeln:

§§ 211—217 die vorsätzliche Tödtung eines Menschen und zwar:

§ 211 den mit Ueberlegung ausgeführten Mord,

§§ 212—215 den nicht mit Ueberlegung ausgeführten Todtschlag,

§§ 216, 217 Fälle der vorsätzlichen Tödtung ohne Unterschied hinsichtlich der Art der Ausführung;

§§ 218—220 die vorsätzliche Tödtung der Leibesfrucht;

§ 221 Gefährdung eines Menschen an Leib oder Leben durch Aussetzung;

§ 222 die fahrlässige Tödtung eines Menschen.

Die Vorschriften des Abschn. 16 finden in der Regel auch im Falle des § 207 (das. N. 3, 4) Anwendung; neben denselben enthalten aber auch die §§ 80, 81[1], 102, 178, 206, 226, 227, 229, 239, 251, 307[1], 309, 312, 314, 315, 316, 321—324, 325 Bestimmungen über die Tödtung eines Menschen, während die §§ 139, 154, 202, 254 nur eine entferntere Beziehung zu den im Abschn. 16 behandelten Delikten haben. Durch die Gesammtheit dieser Vorschriften ist die Materie der strafb. Hdlgen wider das Leben i. S. des EG. § 2 als geregelt anzusehen; vgl. jedoch Binding **1** 321, der annimmt, es habe Abschn. 16 die ganze Materie regeln wollen.

§. 211.

Wer vorsätzlich einen Menschen tödtet, wird, wenn er die Tödtung mit Ueberlegung ausgeführt hat, wegen Mordes mit dem Tode bestraft.

PrStGB. § 175. Entw. I § 185, II § 206. Anl. 2 z. d. Motiven: Ueber die Todesstrafe (insbs. deren Anl. f.). StB. S. 656—660, 1172.

Zu §§ 211—217. Vorsätzliche Tödtung eines Menschen. N. 1—4.

1) Objekt der in den §§ 211—217 behandelten Tödtungsdelikte (vgl. auch § 222 N. 1) ist der lebende Mensch und zwar, wie § 217 durch die Worte „in oder gleich nach der Geburt" andeutet, der Mensch, auch wenn er den Mutterleib noch nicht gänzlich verlassen oder von demselben noch nicht getrennt ist, während die Tödtung einer noch mit keinem Theile aus dem Mutterleibe herausgetretenen Leibesfrucht unter Umständen als Abtreibung bestraft werden kann (§ 218 N. 2); so: RG. II 8. Juni 80 E. **1** 446 (gelegentlich), Horch Abtreibung S. 45, Binding **1** 220 N. 6, v. Holtzendorff HH. **3** 451, Merkel S. 308; aM. einerseits: RG. I 29. Sept. 83 E. **9** 231 (btr. § 222), H. Meyer S. 524, Puchelt § 217 N. 3, Rüd.-St. N. 6, Wehrli Kindsmord S. 98 u. Mittelstein G. **34** 173, welche annehmen, daß der dem Kinde vor dessen vollendeter Geburt gewährte Schutz auf den Geburtshergang in seinem vollen Umfange von dessen Beginne — mit den Geburtswehen — bis zur Trennung von der Mutter sich erstrecke, da das Gesetz innerhalb des Verlaufes des Geburtsherganges nicht unterscheide (vgl. jedoch § 217 N. 3a), andererseits Merkel HRl. „Kindesmord", welcher das von der Mutter nicht vollständig getrennte Kind nur ausnahmsweise beim Kindesmord als Angriffsgegenstand ansieht (s. u. N. 9), endlich auch, jedoch der oben vertretenen Ansicht am meisten sich nähernd, v. Liszt S. 312, das selbständige Dasein beginne mit dem Aufhören der fötalen Plazentarathmung und dem Beginne der Athmung durch die Lungen, weshalb der Austritt der äußeren Athmungsorgane unerläßlich, aber auch genügend sei.

Als Mensch ist, nach der neueren Physiologie, jedes vom Weibe geborene lebende Wesen anzusehen, deshalb auch eine lebende Mißgeburt, d. h. „eine Frucht mit so regelwidrig gebildeten Organen, daß dadurch ihr Fortleben unmöglich wird", ohne Rücksicht darauf, ob sie menschenähnliche Bildung hatte oder nicht; vgl. Casper-Liman Gerichtl. Medizin **2** 10 f. und namentl. die daselbst mitgetheilten Fälle 1 u. 2, in denen Mißgeburten im obigen S. eine bzw. eine halbe Stunde gelebt hatten; eine solche Mißgeburt (sog. Monstrum) kann daher auch Objekt eines Tödtungsdeliktes sein, nicht aber eine sog. Mole, d. h. „ein krankhaft degenerirtes Ei", welches zwar als Folge eines fruchtbaren Beischlafes eine „Frucht"

im medizinischen S. ist und im Leibe der Schwangeren wenigstens eine gewisse Zeit lebt, dagegen außerhalb desselben ein Leben nicht weiter führen und deshalb niemals „ein Kind" werden kann; vgl. Casper-Liman aO. 1 238, 2 876 f. So: Hälschner 2 21, v. Holtzendorff HH. 3 413, v. Liszt S. 313, v. Schwarze N. 2. AM.: Oppenh. N. 8, Puchelt N. 2, welche „monstrose Menschen" als geeignete Objekte der Tödtungsdelikte nicht ansehen, auch H. Meyer S. 511 hypothetisch, „wenn lebende Geburten der Art überhaupt vorkämen".

Da nur der lebende Mensch getödtet werden kann, so ist ein todter Mensch, namentl. auch ein todtgeborenes Kind, ein untaugliches Objekt für die Tödtungsdelikte; wegen der Frage des Versuchs der Tödtung an einem solchen vgl. § 43 N. 20.

Lebensfähigkeit des Menschen ist dagegen kein Erforderniß, vielmehr kann sowohl ein nicht lebensfähiges Neugeborenes, d. h. ein solches, welches nach seinem Alter und nach der Bildung seiner Organe die Möglichkeit, außerhalb des Mutterleibes fortzuleben, nicht hat (Casper-Liman aO. 2 7, v. Wächter S. 331 f.), als auch ein todtkranker Erwachsener Objekt der vorsätzlichen Tödtung sein; so die GM., insbs. RG. I 21. Ott. 80 E. 2 404 btr. der fahrl. Tödtung (§ 222) eines nicht lebensfähigen Neugeborenen.

Die Strafbarkeit der Tödtung wird durch das Objekt — abgesehen von den §§ 80, 81 — in den Fällen der §§ 215, 217 beeinflußt.

2) Subjekt der Tödtungsdelikte kann gleichfalls an sich ein Jeder sein. Ausgeschlossen ist nur die Identität des Subjekts mit dem Objekt, d. h. mit anderen Worten der Selbstmord fällt, nach der rechtsgeschichtlichen Entwickelung und der Fassung des Gesetzes selbst, nicht unter den Begriff des Mordes; es ist folglich auch weder der Versuch desselben als solcher (vgl. jedoch § 218 N. 5 letzter Abs.), noch die Anstiftung oder Beihülfe zum Selbstmorde strafbar (vgl. jedoch N. 3_4 u. § 216). So die GM. AM. Schütze S. 104 u. Nothw. Theiln. S. 288 f., Selbstmord sei nur am Thäter, nicht am Theilnehmer, aus kriminalpolitischen Gründen straflos.

Eine andere Frage ist aber, ob ein Selbstmord durch einen Dritten nicht derartig verursacht sein kann, daß er von letzterem als Tödtung, unter Benutzung des Selbstmörders als Mittel, zu verantworten ist; diese Frage ist bei Unzurechnungsfähigkeit des Selbstmörders zu bejahen (Merkel S. 306), dsgl. wenn Jemand einen Andern zur eigenen Tödtung zwingt oder in der Weise verleitet, daß dieser den tödtl. Ausgang der Hdlg. nicht einsah (v. Holtzendorff HH. 3 417 f.); weiter, und zwar nach positivem Recht entschieden zu weit (v. Liszt S. 158 N. 6), geht jedoch Binding 1 701, Anstiftung zu Selbstverletzungen, einschließlich des psycholog. Zwanges zu solchen, sei Thäterschaft an Verletzungen Dritter, Anstiftung zum Selbstmorde insbs. Thäterschaft an Mord o. Todtschlag; ähnlich Kohler Studien 1 144. Dagegen wird es nicht möglich sein, die sog. Beihülfe zum Selbstmorde als fahrl. Tödtung zu strafen, wie Oppenh. N. 7 unter Umständen will, weil hier die Verursachung durch den Dritten fehlt; Binding aO., v. Liszt S. 319, v. Prittwitz G. 30 159 (vgl. § 222 N. 2_d).

Wegen der Straflosigkeit des sog. amerikanischen Duells vgl. § 201 N. 4.

3) Die Handlung besteht in der vorsätzlichen Verursachung des Todes eines Menschen. Der Begriff der Verursachung ist der allgemeine (Th. I Abschn. 3 N. 2) und kann die Tödtung, insbs. der Kindesmord (§ 217), deshalb auch den allgemeinen Grundsätzen gemäß durch eine Unterlassung (§ 1 N. 3a) verübt werden; so die GM.; vgl. jedoch einerseits Pfizer GS. 27 553 f., der die Verursachung stets in einer vorausgegangenen Hdlg. findet, andererseits Merkel HRl. „Kindesmord", der geneigt ist, bei diesem auch Tödtung durch reine Unterlassung anzunehmen. Auch eine Verursachung durch psychische Einwirkung ist nicht undenkbar; v. Holtzendorff HH. 3 418, v. Schwarze N. 9.

Im Gegensatz zu zahlreichen anderen Fällen, wo die Tödtung lediglich als objektiver Erfolg in Betracht kommt (Th. I Abschn. 4 N. 3), muß die Verursachung aber auf dem Vorsatze des Thäters beruhen. Ist dieses der Fall, so ist es begrifflich gleichgültig, ob der Tod sofort oder erst später eintritt; im letzteren Falle kann jedoch der objektive Zusammenhang der Ursachen sich derartig verdunkeln, daß die Tödtung nicht mehr nachweisbar ist; v. Holtzendorff aO. S. 420.

Die Verursachung muß dem Vorsatze des Thäters entsprechen; hiernach beantworten

sich zahlreiche Streitfragen, die bei den vorsätzl. Tödtungsdelikten nur Angesichts ihrer Schwere eine besondere Bedeutung erlangen, so die Fragen betreffs des error in objecto und der aberratio ictus (§§ 48 N. 15 b β, 59 N. 26 f.), so aber auch die Frage, ob ein sog. dolus generalis hinreichend sei, welche zu verneinen sein wird, da zwar der eingetretene Tod des z. B. lebend ins Wasser Geworfenen, irrthümlich für den Streichen erlegen Erachteten dem Vorsatze des Thäters entspricht, ein Kausalzusammenhang aber zwischen der Hdlg., mittels welcher der Thäter die Tödtung herbeiführen wollte, und dem Tode selbst nicht besteht; es liegt folglich nur Versuch der vorsätzl. Tödtung, möglicher Weise in Realkonk. mit fahrl. Tödtung vor (so auch Rubo N. 8). Daß endlich der Vorsatz auf die Herbeiführung der Tödtung von Menschen im allgemeinen gerichtet sein könne, wie v. Bar Grenzboten 1876 **1** 166 f. annimmt, wird kaum denkbar sein, vielmehr der Thäter stets nur die Tödtung von Personen beabsichtigen, die er in gewissen Beziehungen konkretisirt (Binding Normen **2** 438, Blum N. 4), während das Objekt der Tödtung allerdings nicht eine dem Thäter bekannte Person (persona certa i. e. S.) zu sein braucht; Rüd.-St. N. 5.

4) Die Rechtswidrigkeit der Hdlg. ist, wie die GM., insbs. **RG.** II 22. Okt. 80 E. **2** 376, mit Recht gegen Rubo N. 2 annimmt, die selbstverständliche Voraussetzung der vorsätzlichen Tödtungsdelikte. Die vorsätzl. Tödtung eines Menschen bleibt deshalb nicht nur auf Grund der allgemeinen Strafausschließungsgründe, wie Nothwehr und Nothstand (§§ 53, 54), straflos, sondern überall da, wo die Rechtswidrigkeit der Tödtung durch Amts-, Dienst- o. Berufspflicht ausgeschlossen ist, wie z. B. bei Vollstreckung eines Todesurtheils durch den dazu gehörig berufenen Scharfrichter (aM. Rubo N. 2), bei Tödtung eines Widersetzlichen in rechtmäßiger Anwendung obrigkeitlichen Zwanges — insbs. seitens eines Forstbeamten, eines Grenzwächters, eines Polizeibeamten, einer Militärwache —, bei Tödtung des Feindes im Kriege seitens einer Militärperson rc. (s. auch N. 7_3); vgl. Zimmermann GS. **34** 266 ff.

Auch die Tödtung eines Kindes in der Geburt zur Rettung der Mutter erscheint, abgesehen von dem Gesichtspunkte des Nothstandes, falls die Mutter selbst oder ein Angehöriger die Tödtung vornimmt (§ 54), wegen fehlender Rechtswidrigkeit der Hdlg. straflos, da die pflichtmäßige Ausübung seines Berufes dem Arzte die Rettung der Mutter, nöthigenfalls selbst unter Vernichtung des zu einer Selbständigkeit noch nicht gelangten und deshalb noch einen Theil der Mutter bildenden in der Geburt begriffenen Kindes gebietet (vgl. Th. I Abschn. 4 N. 9 d u. § 218 N. 4); so: Binding **1** 803, H. Meyer S. 324, Puchelt § 217 N. 1. Eine Nothwehr, die Rubo N. 9 anzunehmen geneigt ist, liegt nicht vor, da es an einem „rechtswidrigen Angriffe" i. S. des § 53 (das. N. 6) fehlt.

Ueber den Nicht-Ausschluß der Rechtswidrigkeit durch die Einwilligung des Getödteten vgl. § 216 N. 1_2.

Wird die Rechtswidrigkeit der Tödtung in Zweifel gezogen, so bedarf sie im nichtschwurgerichtl. Verfahren der ausdrücklichen Feststellung.

Zu § 211. N. 5—12.

5) Als Mord (wegen der Anzeigepflicht vgl. § 139 N. 1 d) ist die vorsätzl. Tödtung eines Menschen (N. 1—4) strafbar, wenn der Thäter „die Tödtung mit Ueberlegung ausgeführt hat". Auf Grund der Begriffsbestimmung des PrStGB. § 175 („Wer vorsätzlich und mit Ueberlegung . . . tödtet"), hatte die PrPraxis (vgl. Oppenh. PrStGB. § 175 N. 8; abweichend jedoch Goltd. Mat. **2** 371, der den Todtschlag nur bei Abwesenheit jeder Ueberlegung als vorliegend ansah) die Ueberlegung bei der Fassung des Entschlusses verlangt. Im Gegensatze hierzu erachtet das RStGB., wie die Motive ausdrücklich betonen, die Ausführung der That als das Entscheidende und erfordert deshalb, daß die Tödtung mit Ueberlegung ausgeführt werde; eine zwar mit Ueberlegung beschlossene, dagegen nicht mit Ueberlegung, namentl. im Affekte, ausgeführte Tödtung ist sonach i. S. des RStGB. nicht Mord, sondern Todtschlag (§ 212). So die GM., insbs. **RG.** III 30. Apr. 83 E. **8** 276, I 19. März 88 R. **10** 256. AM.: Berlin 2. Mai 72, 6. Juni 76, 23. Jan. 77, O. **13** 292, **17** 9, **18** 59, Hälschner **2** 52 N. 1, Oppenh. N. 11, 13, nach denen § 211 des RStGB. vom § 175 des PrStGB. sich blos redaktionell unterscheiden soll, da auch die im § 211 vorausgesetzte Ueberlegung die bei Bildung des Entschlusses zur That vorhandene ruhige Verstandesthätig-

keit bezeichne; auch v. Liszt S. 318, hält eine sachliche Aenderung nicht für vorliegend, erachtet aber (aO. N. 1) die Fassung des RStGB. für die Fragestllg. im schwurgerichtl. Verfahren sowie überhaupt für die Feststllg. im Urtheile als maßgebend, während nach Meinung der Anderen eine Feststllg. „vorsätzlich u. mit Ueberlegung getödtet" ausreicht.

Die GM. verkennt übrigens nicht, daß wohl jeder Mörder im Laufe der Ausführung in Aufregung versetzt wird; sie folgert hieraus, in Verbindung mit der Fassung des § 211, daß die Ueberlegung die Ausführung der That in ihren wesentlichen Bestandtheilen beherrschen müsse, sowie umgekehrt, daß der Affekt die Voraussetzung eines wesentlichen Theiles der Ausführung nicht bilden dürfe; so Merkel HRl. „Mord"; ähnlich: v. Holtzendorff HH. 3 428, H. Meyer S. 515; abweichend verlangen jedoch Schütze S. 383 u. Rüd.-St. N. 1 die Ueberlegung nur „zu Anfang der Ausführung", ähnlich v. Wächter S. 325. Eine Mittelmeinung vertritt Berner S. 500 f. insofern, als er zwar auch eine Tödtung, deren Ausführung theils mit Ueberlegung, theils unter der Herrschaft des Affektes erfolgt sei, für „nicht mit Ueberlegung ausgeführt" erachtet, dennoch aber für entscheidend erklärt, „ob die Ausführung in dem überlegten oder in dem nicht überlegten Vorsatz ihren Ursprung habe"; diesem Standpunkt nähert sich RG. III 22. Jan. 81 E. 3 295, dem zufolge „auch der Vorsatz nothwendig ein überlegter gewesen sein muß, nachdem festgestellt worden, daß die Ausführungshdlg. mit Ueberlegung vorgenommen sei."

6) „Ueberlegung" ist, wie Hälschner 2 36 u. H. Meyer S. 513 hervorheben, in einem spezifischen S. zu verstehen; denn ohne jede Ueberlegung i. w. S. kann ein Vorsatz als solcher überhaupt nicht bestehen. Wesentlich übereinstimmend versteht man unter Ueberlegung diejenige ruhige Verstandesthätigkeit, welche nicht nur auf das Verhältniß der für die Tödtung anzuwendenden Mittel zum Erfolge, die Art ihres zweckmäßigen Gebrauches und die Beseitigung der entgegenstehenden Hindernisse, sondern namentlich auch über die That hinaus auf die Folgen und Zwecke der Ausführung sich richtet; vgl. Berner S. 501. Demgemäß bezeichnet Hälschner 2 36, 48 die Ueberlegung als „das normale Verhalten des zu seiner That frei sich selbst bestimmenden Menschen"; ähnlich Merkel S. 306. Nicht zutreffend erscheint es dagegen, wenn Hälschner 2 49, v. Holtzendorff HH. 3 428, Merkel HRl. „Mord" u. H. Meyer S. 514 verlangen, daß die Ueberlegung auch auf die Rechtswidrigkeit der Hdlg. sich beziehen müsse; denn die Ueberlegung und ihr Mangel sind Merkmale des Entschlusses, nicht des Vorsatzes (N. 7); Binding Normen 2 396 N. 616, 508, Hälschner 1 515, v. Liszt S. 129 N. 2, 318; vgl. auch Berner S. 121. Darüber, daß die Ueberlegung keine „persönl. Eigenschaft des Thäters" i. S. des § 50 ist, vgl. das. N. 5a.

Ob eine Tödtung mit Ueberlegung oder nicht mit Ueberlegung ausgeführt sei, ist wesentlich Thatfrage. In Betracht zu ziehen ist namentl. die Zeitdauer zwischen Fassung des Entschlusses und Ausführung sowie das angewendete Mittel. Doch kommt weder dem einen noch dem andern eine entscheidende Bedeutung zu. Eine gewisse Zeit wird zwar zwischen Fassung des Vorsatzes und Ausführung der That der Natur der Sache nach stets liegen, daß dieselbe aber von längerer Dauer sei, ist nicht nothwendig und kann die Ausführung der Entschließung fast unmittelbar folgen, dennoch aber in der Hauptsache von Ueberlegung getragen sein; vgl. namentl. Hälschner 2 51 u. v. Wächter S. 324. Gift wird zwar meist nur als Mittel für einen Mord gebraucht, doch kann auch ein Todtschlag mittels Gifts verübt werden; so die GM.

7) Der Vorsatz besteht beim Morde im Wissen u. Wollen der rechtswidrigen Tödtung eines Menschen. Die der Strafsanktion des § 211 zu Grunde liegende Norm ist lediglich das Verbot der Vernichtung fremden Menschenlebens; auf die „mit Ueberlegung erfolgende Ausführung der Tödtung" bezieht sich dagegen, wie die Fassung des Gesetzes selbst anzeigt, der Vorsatz nicht mit. Dieser Umstand ist vielmehr nur ein Strafbarkeitsmerkmal, das aufgestellt werden mußte, wenn der Gesetzgeber eine absolute Strafandrohung gegen vorsätzliche Tödtung beibehalten wollte; da aber nicht alle Fälle der vorsätzl. Tödtung mit derselben Strafe belegt werden konnten, so wurde die Begriffsbestimmung des Mordes durch Aufnahme eines bestimmten Strafbarkeitsmerkmals, der überlegten Ausführung der Tödtung, nothwendig; vgl. die Motive. So Binding Normen 2 509. AM.: v. Buri GS. 29 Beilageh.

S. 199, Oppenh. N. 11, die Ueberlegung sei nicht eine vom Vorsatz verschiedene Willensthätigkeit, sondern nur eine Qualifikation desselben. Vgl. jedoch o. N. 6.

Hinreichend ist auch, wie überall, wenn nicht besondere Gründe entgegenstehen, dolus eventualis (§ 59 N. 6); ein solcher war auch bei der Katastrophe von Bremerhaven im J. 1875 auf Seiten des Thomas anzunehmen und ist nur thatsächlich zweifelhaft, ob der dolus eventualis lediglich auf die an Bord der Mosel (Hälschner S. 24 11) oder auf alle am Tage der projektirten Explosion innerhalb der Sprengweite des Fasses (Binding Normen 2 441 u. Lucas Subj. Verschuldg. S. 52) befindlichen Personen sich erstreckte; im ersteren Falle lag hinsichtlich der am Ufer getödteten Personen wegen aberratio ictus zwar kein Mord, dagegen nach Lage der Sache fahrlässige Tödtung vor (§ 59 N. 27; vgl. auch o. N. 3 die Ansicht v. Bar's, nach welcher eine Begrenzung des dolus bezüglich gewisser Personen überhaupt nicht erforderlich sein soll). Völlig unrichtig nimmt hiernach Blum N. 7 an, „der dolus eventualis d. h. der Vorsatz, mit Ueberlegung zu tödten, wenn ohne Mord ein anderes Verbrechen nicht auszuführen sei, gehöre unter § 214"; es liegt vielmehr alsdann Mord aus § 211 mit dolus eventualis vor.

Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit wird bei der eigenthümlichen Natur der vorsätzlichen mit Ueberlegung ausgeführten Tödtung nur ausnahmsweise ausgeschlossen sein, falls die Tödtung objektiv rechtswidrig (N. 4) war; dennoch sind derartige Fälle denkbar, so z. B. in Kriegszeiten in Folge des Erlasses eines seine Befugnisse überschreitenden Truppenbefehlshabers, der den Bürgern die Tödtung feindlicher das Inland betretender Soldaten gestattet; vgl. Binding I 704. Wenn dagegen der Staat selbst durch ein dazu berechtigtes Organ, freilich in Ueberschreitung der völkerrechtlichen Grundsätze, eine solche Ermächtigung ertheilt, so fehlt die Rechtswidrigkeit der Tödtung auch im objektiven S.; v. Holtzendorff HH. 3 423.

8) Der Versuch (§ 43) des Mordes wird im § 80 ausdrücklich erwähnt. Trotzdem erachtet Rubo N. 10 dafür, daß es nach dem StGB. einen strafb. Versuch des Mordes nicht gebe, weil „die Vollführung der Tödtung Voraussetzung dafür bilde, daß der Anfang der Tödtungshandlung als Mordversuch strafbar werde"!

Da der Vorsatz begrifflich auch auf den unausgeführt gebliebenen Theil der That gerichtet gewesen sein muß (vgl. § 43 N. 6), so erachten RG. III 22. Jan. 81 E. 3 295, I 19. März 88 R. 10 256 u. Berlin 13. Juli 76 O. 17 507 mit Recht eine Feststellung dahin,

> „daß der Angekl. schuldig den Entschluß, den N. N. zu tödten, durch vorsätzliche und zwar mit Ueberlegung ausgeführte Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens enthielten, bethätigt zu haben,"

für zutreffend, während die Feststellung,

> „daß der Angekl. schuldig, den Entschluß, den N. N. vorsätzlich zu tödten und zwar diese Tödtung mit Ueberlegung auszuführen, durch Handlungen, welche rc."

nicht nur sprachlich inkorrekt („Entschluß, vorsätzlich zu tödten"), sondern auch nach der Ausführung o. N. 7 unrichtig ist, da der Vorsatz auf die überlegte Ausführung sich nicht mit bezieht.

Wegen des Versuchs an einem untauglichen Objekte, desgleichen mit einem absolut untauglichen Mittel, vgl. § 43 N. 19 ff.

9) Wegen Anstiftung vgl. § 48 N. 15bβ, wegen Anstiftung und Beihülfe § 50 N. 5, 8 sowie hinsichtlich der Fragestellung u. N. 11₂. Mit den Ausführungen zum § 50 N. 8 stimmt die GM. überein; aM. jedoch Schütze S. 388 N. 8, ob die Mutter als Thäterin mit oder ohne Ueberlegung gehandelt habe, müsse für jeden selbständigen Theilnehmer ebenso einflußlos bleiben, wie der Mord des extraneus für die Mutter als Theilnehmerin. Merkel HRl. „Kindesmord" gelangt zu der eigenthümlichen Ansicht, daß, falls die That gegen eine noch nicht gelöste Frucht begangen wurde, die Mitschuldigen einer Mutter nach den Bestimmungen über Kindesmord zu bestrafen seien, weil es an den Voraussetzungen eines geeigneten Objektes für den Mord oder Todtschlag aus den §§ 211, 212 fehle (vgl. o. N. 1).

Wegen Mitthäterschaft zwischen Mörder und Todtschläger sowie zwischen Mörder und Vergifter vgl. § 47 N. 14a.

10) Wegen gleichartiger Idealkonkurrenz vgl. § 73 N. 19IIb, wegen ungleichartiger §§ 81 N. 4, 220 N. 6, 251.

Wegen Ausschlusses des § 211 durch speziellere Bestimmungen vgl. §§ 80 N. 5, 205 N. 2, 216 N. 6, 217 N. 7; wegen des Verhältnisses zum § 214 vgl. das. N. 5, wegen desjenigen zum § 221 das. N. 13a, zum § 223 das. N. 15g, zum § 229 das. N. 9. Soweit die Hdlg. nach diesen allegirten Bestimmungen minder schwer qualifizirt ist, muß gemäß StPO. § 296 einem Antrage auf Vorlegung einer entsprechenden Hülfsfrage stattgegeben werden; so RG. II 26. Nov. 80 E. 3 67 bezüglich des § 214.

11) In prozessualischer Beziehung stellt die „Ausführung der Tödtung mit Ueberlegung" als ein straferhöh. Umstand i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 sich dar, wenn auch der strafrechtliche Name „Todtschlag" durch Hinzutreten jenes Umstandes in „Mord" verändert wird (§ 212 N. 1); so: RG. II 4. Jan. 84 E. 9 401, Berner S. 498, Oppenh. N. 18, Rubo N. 3, Löwe GVG. § 196 N. 3dβ, StPO. § 262 N. 2d; aM. Binding 1 334, Mord sei kein geschärfter Todtschlag.

Wenn übrigens das in N. 8 zum § 50 (s. auch o. N. 9) erwähnte Verhältniß vorliegt, so ist es zulässig, den zwar die Thäterin betreffenden, aber nur für den Theilnehmer erheblichen Umstand der „Ausführung der Tödtung mit Ueberlegung" in die auf den letzteren bezügliche Hauptfrage aufzunehmen; RG. III 2. März 81 R. 3 93.

12) Als Hauptstrafe für den vollendeten Mord ist die Todesstrafe (§ 13 N. 1) angedroht, neben welcher nach § 32 VdbEN. erkannt werden kann. Wegen Unzulässigkeit von PolAufs. im Falle einer Begnadigung vgl. § 38 N. 7.

Der Versuch (N. 8) wird nach den §§ 44_2, 45 bestraft.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 beim vollendeten Morde in zwanzig, beim versuchten in funfzehn Jahren (das. N. 2c); wegen des Beginnes der Verjährung vgl. § 67 N. 9.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73^{2-7}, 136^1.

§. 212.

Wer vorsätzlich einen Menschen tödtet, wird, wenn er die Tödtung nicht mit Ueberlegung ausgeführt hat, wegen Todtschlages mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren bestraft.

PrStGB. § 176. Entw. I § 186, II § 207.

1) Todtschlag unterscheidet sich vom Morde (§ 211; vgl. im allg. das. N. 1—4) lediglich dadurch, daß der Thäter bei diesem die Tödtung „mit Ueberlegung", bei jenem „nicht mit Ueberlegung" ausgeführt hat; das letztere bedeutet nicht positiv, daß die Tödtung „im Affekte" ausgeführt sein müsse (so jedoch: Hälschner 2 35, Merkel S. 306 u. HRl. „Todtschlag", v. Wächter S. 324, der aber zugleich vor der Verwechselung von „Affekt" mit „Leidenschaft" warnt), sondern vielmehr nur negativ, daß „nicht feststeht, daß sie mit Ueberlegung ausgeführt ist" (so die Motive). Selbstverständlich bedarf dieses rein negative Moment nicht der Feststellung; daraus folgt wiederum, wie Oppenh. N. 3 hervorhebt, daß im Falle einer aus § 211 gestellten Frage bei Verneinung des Umstandes der überlegten Ausführung der Thatbestand des Todtschlags übrig bleibt. Es erhellt hieraus, daß die „mit Ueberlegung erfolgte Ausführung der Tödtung" lediglich ein das Verbrechen des Todtschlages zu demjenigen des Mordes erhebender straferhöh. Umst. ist (§ 211 N. 11). Dieses natürliche Verhältniß der beiden Verbr. zu einander, welches den Todtschlag als die Grund- u. Generalform (Normalform) der vorsätzlichen Tödtung erscheinen läßt (v. Holtzendorff HH. 3 433, Berner S. 497, Schütze S. 383, v. Schwarze N. 2), wird dadurch in keiner Weise geändert, daß das RStGB., wie das PrStGB., aus mehr äußeren Gründen eine selbständige Definition der beiden Arten der vorsätzlichen Tödtung beliebt und sogar diejenige des Mordes vorangestellt hat.

2) Bei der in N. 1 gedachten Sachlage muß vom Todtschlage dasselbe gelten wie vom Morde, soweit nicht die überlegte Ausführung der Tödtung in Betracht kommt; namentl. er-

giebt sich hieraus, da der Vorsatz beim Morde diesen Umstand nicht mit umfaßt (§ 211 N. 7), die Identität des Vorsatzes in den Fällen der beiden §§ 211, 212.

Ein Versuch (§ 43) des Todtschlages ist denkbar.

Wegen Anstiftung u. Beihülfe vgl. § 211 N. 9, wegen des Verhältnisses des § 212 zu anderen §§. vgl. § 211 N. 10, sowie außerdem §§ 214 N. 1, 215 N. 1, 220 N. 6, 221 N. 13a, 223 N. 15g, 229 N. 9. Mitthäterschaft zwischen einem Mörder und einem Todtschläger ist in der in § 47 N. 14a bezeichneten Weise denkbar; Berner S. 502.

3) Die ordentliche Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus von fünf bis zu funfzehn Jahren; wegen der außerordentlichen Hauptstrafe sowie wegen der zulässigen Nebenstrafe vgl. § 213, insbs. N. 2b.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67, in funfzehn Jahren; wegen des Beginnes der Verjährung vgl. das. N. 9.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73[2-7], 136[1].

§. 213.

War der Todtschläger ohne eigene Schuld durch eine ihm oder einem Angehörigen zugefügte Mißhandlung oder schwere Beleidigung von dem Getödteten zum Zorne gereizt und hierdurch auf der Stelle zur That hingerissen worden, oder sind andere mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängniß nicht unter sechs Monaten ein.

PrStGB. § 177. Entw. I § 187, II § 208. Aktenst. Nr. 85.

1) Der dem § 213 entsprechende § 177 des PrStGB. schrieb den Ausschluß der Regelstrafe der Tödtung und die Verhängung einer milderen Strafe nur für den speziellen Fall der „Reizung zum Zorn" vor, ließ aber „andere mild. Umst." nicht zu. Dem entsprachen auch die Entwürfe. In der RTkommission wurde jedoch, wahrscheinlich in Anlehnung an den die mild. Umst. bei einer Mißhdlg. oder Körperverlzg. behandelnden § 196 des PrStGB., die jetzige Fassung beschlossen und solche demnächst in der zweiten Berathung angenommen.

2) Ausweislich des Wortes „Todtschläger" bezieht die Bestimmung des § 213 sich nicht auf den Fall des § 211, ausweislich seiner Stellung aber auch nicht auf die §§ 214, 215 (so Rüd.-St. N. 1 u. btr. § 215 Hälschner 2 47); § 213 statuirt vielmehr lediglich die Zul. mild. Umst. beim einfachen Todtschlage aus § 212 (Oppenh. § 215 N. 4), und zwar mit der Folge, daß im Falle ihrer Annahme die Anwendung der milderen Strafe obligatorisch ist (Th. I Abschn. 4 N. 13a ff.). Daß es auch bei der „Reizung zum Zorn" in der That materiell (s. u. N. 6) nur um einen Spezialfall der mild. Umst. sich handelt, stellt die Fassung des § 213 selbst völlig klar, wenn auch die ausdrückliche Hervorhebung eines einzelnen mild. Umst. bzw. die Vorschrift, daß die „Reizung zum Zorn" unbedingt als mild. Umst. anzusehen sei, immerhin eine Singularität ist; so die GM., insbs.: RG. IV 8. Juni 86 E. 14 298, Berlin 28. März 78 St. 8 161; aM.: Berner S. 271 (jeder den Richter gesetzlich verpflichtende Umstd., unter das ordentl. Strafmaß herabzugehen, sei ein gesetzl. Milderungsgrund, der als solcher zu den mild. Umst. im Gegensatz stehe), Schütze S. 384 (es enthalte § 213 einen privilegirten Fall des Todtschlages und sei auch der Ausdruck „mild. Umst." nicht im techn. S. zu verstehen).

Als Konsequenz der obigen Auffassung ergiebt sich, daß bei Annahme einer Reizung oder eines anderen mild. Umst.:

a. die Qualifikation der strafb. Hdlg. nicht beeinflußt wird (§ 1 N. 7a), folgeweise auch der Versuch eines Todtschlages stets nach § 43 strafbar ist (so die GM., bis auf Schütze) und die Zuständigkeit (§§ 1 N. 14, 212 N. 4) unberührt bleibt; (so: Oppenh. N. 10, Löwe StPO. § 1 N. 4a; aM. H. Meyer S. 44);

b. auf VddER. erkannt werden darf (§ 32 N. 4a); cit. RG. 8. Juni 86, Oppenh. N. 13a.

3) Der im § 213 besonders vorgesehene Umstand beruht zunächst auf der Voraussetzung, daß der Todtschläger „ohne eigene Schuld" durch eine ihm selbst oder

einem Angehörigen (§ 52_2) zugefügte „Mißhandlung oder schwere Beleidigung" von dem Getödteten zum Zorn gereizt worden sei.

a) Den „Mißhandlungen und schweren Beleidigungen" waren im Entw. des PrStGB. v. 1829 noch die „groben Rechtsverletzungen" an die Seite gestellt, um dadurch i. S. des code pénal art. 324 den durch Ertappung des Ehebrechers veranlaßten Todtschlag für entschuldbar zu erklären; jener Zusatz wurde aber demnächst gestrichen, weil der gedachte Fall durch die „schwere Beleidigung" bereits vorgesehen sei; Goltd. Mat. 2 375, Beseler Pr. StGB. S. 352. In demselben Sinne interpretirte demnächst auch Oppenh. PrStGB. § 177 N. 5, 7. Bei der wörtlichen Uebertragung jener Bestimmung in das RStGB., wobei eine abweichende Auffassung nirgends hervortrat, muß auch jetzt dieselbe Auslegung Platz greifen, die überdies allein dem gesetzgeberischen Gedanken entspricht; „schwere Beleidigung" geht daher über die weiteste, aber immerhin noch technische, Bedeutung des Ausdrucks „Beleidigung" im Abschn. 14 (das. N. 2) hinaus; so die GM., bis Rubo N. 4. Es wird darunter jede schwere innere Kränkung des Todtschlägers oder eines Angehörigen desselben zu verstehen sein, und zwar ohne daß selbige nothwendig direkt gegen eine jener Personen sich gerichtet zu haben braucht, wie z. B. die Erregung eines öffentlichen Aergernisses in Gegenwart anständiger Frauenspersonen; so: Hälschner 2 42, v. Holtzendorff HH. 3 437 f., Rüd.-St. N. 3, v. Schwarze N. 3.

Nach v. Holtzendorff aO. u. Schütze S. 384 N. 5 soll unter „Mißhandlung" schlechthin nicht die blos „körperliche" Mißhdlg. i. S. des Abschn. 17 zu verstehen sein; diese Auffassung erscheint jedoch bedenklich, nicht nur weil die Entstehungsgeschichte des PrStGB. § 177 nicht ergiebt, daß der Begriff i. w. S. aufgefaßt worden, sondern auch, weil „Mißhdlgen" psychischer Art meist unter den Begriff der „schweren Beleidgg." fallen werden, und deshalb gerade die Nebeneinanderstellung beider Begriffe für die Beziehung des einen auf das Körperliche, des anderen auf das Seelische spricht; Merkel HRl. „Todtschlag."

Liegt eine „Mißhandlung" (z. B. eines Angehörigen) oder eine „schwere Beleidigung" garnicht vor, wurde solche vielmehr vom Todtschläger nur in Folge eines Irrthums (der auch auf die Person des Mißhandelnden rc. sich beziehen kann) angenommen, so ist auch der besonders vorgesehene mild. Umst. des § 213 nicht gegeben, doch kann immerhin ein „anderer mild. Umst." für vorliegend erachtet werden; so: Oppenh. N. 9, v. Schwarze N. 2; aM.: v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 201, Puchelt N. 6, Rüd.-St. N. 3, welche auch in solchem Falle den besonderen Milderungsgrund annehmen.

b) „Ohne eigene Schuld" (vgl. § 54 N. 7b) ist der Todtschläger gereizt worden wenn er zu der ihm oder seinen Angehörigen vom Getödteten zugefügten „Mißhdlg. o. schweren Beleidgg." eine hinreichende Veranlassung nicht gegeben hat; denn keinesfalls kann jede Veranlassung, welche das Benehmen eines Menschen einem Anderen zur Mißhandlung desselben darbot, dem ersteren als „Schuld" zugerechnet werden; so die GM. Liegt aber einerseits eine wirkliche „Mißhdlg. o. schwere Beleidgg." des Getödteten vor, und fehlte andererseits die „eigene Schuld" des Todtschlägers, so begründet „die Reizung des letzteren zum Zorn" durch jene ohne Weiteres die Anwendung des § 213, ohne daß noch zu untersuchen wäre, ob die Mißhdlg. rc. eine derartige war, daß der Todtschläger dadurch zum Zorn gereizt werden mußte.

Mit Recht nehmen übrigens v. Holtzendorff HH. 3 436 u. v. Schwarze N. 2 an, daß dem Richter nicht verwehrt sei, auch dann — andere — mild. Umst. anzunehmen, wenn selbst eine „eigene Schuld" des Todtschlägers vorlag.

4) Der im § 213 besonders vorgesehene Umstand beruht auf der weiteren Voraussetzung, daß der Todtschläger durch die in N. 3 charakterisirte Reizung „auf der Stelle" zur That „hingerissen" worden sei.

Wegen der Wendung „auf der Stelle" vgl. § 199 N. 4. Im Falle des § 213 deutet der Ausdruck „hingerissen" ganz bestimmt an, daß die Tödtung noch in dem durch die Reizung hervorgerufenen Affekte verübt worden sein müsse; Hälschner 2 42, Rüd.-St. N. 4. Es wird sogar mit Rücksicht auf jenen Ausdruck ein hoher Grad des Affektes für erforderlich zu erachten sein; der Zorn muß den Thäter zur Zeit der That noch vollständig beherrschen;

so im Wesentlichen die GM.; vgl. jedoch v. Holtzendorff HH. 3 436, welcher den Ausdruck „auf der Stelle" mit „auf frischer That" identifizirt, wie auch v. Schwarze N. 5 die Analogie beider Ausdrücke hervorhebt; auch Schütze S. 384 N. 5 u. Oppenh. N. 8 betonen die „Kontinuität", Merkel HRl. „Todtschlag" „die Kontinuität eines den Vorgang beherrschenden Affektes der angegebenen Art", H. Meyer S. 519 „den unmittelbaren zeitl. Zusammenhang", endlich F. Meyer N. 2 den „inneren Zusammenhang".

5) Wegen des Verhältnisses des § 213 zum § 228 vgl. das. N. 1, zum § 229 das. N. 9.

6) In prozessualischer Beziehung ist die materielle Natur der „Reizung zum Zorn" als mild. Umst. (N. 2) nicht derartig entscheidend, daß die Reizung auch i. S. der StPO. als mild. Umst. angesehen werden müsse. Wenn StPO. § 262 bestimmt, daß zu einer jeden dem Angeklagten nachtheiligen Entscheidung, welche die Schuldfrage betreffe, eine Mehrheit von zwei Drittheilen der Stimmen erforderlich sei, daß ferner die Schuldfrage „auch solche vom Strafgesetze besonders vorgesehenen Umstände begreife, welche die Strafbarkeit vermindern", während argumento e contrario und nach der Vorschrift des § 297₂ das. zur Verneinung der Frage nach dem Vorhandensein mild. Umst. es nur einer einfachen Mehrheit bedarf, so ist auf Grund dieser Gegenüberstellung anzunehmen, daß i. S. der StPO. der im § 213 unstreitig „besonders vorgesehene" Umstand der Reizung zum Zorn ein nur allgemein vorgesehener mild. Umst. nicht sei. So: RG. IV 8. Juni 86 E. 14 298, v. Schwarze GS. 34 400, Borchert Theiln. S. 37 N. 19, Keller StPO. § 262 N. 9, Löwe StPO. § 262 N. 2c, Puchelt StPO. § 262 N. 2, Stenglein StPO. § 262 N. 3. AM. Rüd.-St. N. 5 sowie ORA. zu dem cit. RG. 8. Juni 86; vgl. R. 8 441.

§. 214.

Wer bei Unternehmung einer strafbaren Handlung, um ein der Ausführung derselben entgegentretendes Hinderniß zu beseitigen oder um sich der Ergreifung auf frischer That zu entziehen, vorsätzlich einen Menschen tödtet, wird mit Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft.

PrStGB. § 178. Entw. I § 188, Kommissions-Entw. § 209, Bundesraths-Entw. § 209. Aktenst. Nr. 85. StB. S. 1173.

1) Die Tödtung bei Unternehmung einer strafb. Hdlg. ist, ausweislich der Motive, „wegen ihrer großen Gefährlichkeit" unter eine besondere Strafandrohung gestellt. Hiernach kann es, namentl. i. V. mit der Stellung des § 214 zwischen den lediglich vom Todtschlage handelnden §§ 212, 213 (vgl. übrigens das. N. 2), 215, nicht zweifelhaft sein, daß unter „vorsätzlicher Tödtung" i. S. des § 214 nur der Todtschlag (§ 212) zu verstehen sei (vgl. dagegen § 217 N. 1); so: Geyer 2 6, Hälschner 2 45, H. Meyer S. 518, Schütze S. 384, 385 N. 7, Puchelt N. 1, v. Schwarze N. 7, Thomsen GS. 30 104; aM. Rubo N. 3. Der Umstand, daß die Tödtung eines Menschen unter den im § 214 bezeichneten Verhältnissen geschah, ist daher i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 ein straferhöh. Umst. des einfachen Todtschlages; RG. I 11. Juni 85, III 17. Sept. 85, E. 12 250, 364, Hälschner 2 45, Oppenh. N. 9.

2) „Bei Unternehmung einer strafb. Hdlg." muß die Tödtung erfolgt sein; „Unternehmung" ist dabei in dem weiten N. 2 zum § 105 erläuterten Sinne als eine jede Hdlg. zu verstehen, durch welche die Absicht an den Tag gelegt wird, eine strafb. Hdlg. zu begehen, mag auch jene Hdlg. noch nicht einmal bis zum strafb. Versuch gediehen sein; so: Geyer 2 6, Hälschner 2 45, v. Holtzendorff HH. 3 441, v. Liszt S. 319, Blum N. 2, F. Meyer N. 2, Puchelt N. 1, Rubo N. 1, v. Schwarze N. 1; aM.: H. Meyer S. 518, Oppenh. N. 1, Rüd.-St. N. 2, welche darunter die vollendete Ausführung und den Versuch verstehen.

„Strafbare Handlung" ist an sich jede kriminell (vgl. § 111 N. 3) strafb. Hdlg., sei es V., V. oder Uebertr.; es schließt jedoch der Begriff der Unternehmung die fahrlässigen strafb. Hdlgen aus; v. Holtzendorff HH. 3 442, Rüd.-St. N. 2.

Der Feststellung der „strafb. Hdlg.“, die vom Todtschläger unternommen wurde, bedarf es nicht; denn die Feststellung hat nur die gesetzlichen Merkmale zu enthalten, während die Subsumtion der konkreten Thatsachen unter dieselben dem Richter der Schuldfrage, namentl. auch den Geschworenen überlassen bleibt; so Oppenh. N. 2; aM.: RG. III 13. Apr. 92, E. 23 78 (vgl. aber auch I 19. Mai 81 E. 4 231), Rüb.-St. N. 3, v. Schwarze N. 7. Nur wenn der Zweifel angeregt wird, ob das Unternehmen einer „kriminell“ strafb. Hdlg. in Frage gestanden habe, wird die ausdrückliche Feststellung im nicht-schwurgerichtl. Verfahren auch darauf sich zu erstrecken haben, weil sonst nicht erkennbar sein würde, ob nicht der lediglich an den Wortlaut des Gesetzes angeschlossenen Feststellung ein Rechtsirrthum zu Grunde liege.

3) Zu einem bestimmten Zwecke („um . . zu“) muß die Tödtung erfolgt sein.

Zunächst nennt das Gesetz: die Beseitigung eines der Ausführung der strafb. Hdlg. entgegenstehenden Hindernisses. Der „Ausführung“ (§ 43 N. 12) kann bereits ein Hinderniß entgegenstehen, wenn der Thäter noch mit einer straflosen Vorbereitungshdlg. beschäftigt ist (N. 2); ihr kann aber auch dann noch ein Hinderniß entgegentreten, wenn die strafb. Hdlg. juristisch bereits vollendet war, denn da die gesammte Strafthat, wie sie sich thatsächlich abspielt, ins Auge zu fassen ist, so kann die „Ausführung“ auch noch nach jenem Zeitpunkte fortdauern; Hälschner 2 45, v. Holtzendorff HH. 3 442, H. Meyer S. 518.

Ferner wird der Zweck, „um sich der Ergreifung auf frischer That zu entziehen“ hervorgehoben; in Uebereinstimmung mit StPO. § 127 nimmt die GM. an, daß der Todtschläger bei Unternehmung der strafb. Hdlg. „betroffen“ oder unmittelbar nach derselben „verfolgt“ sein müsse; der Todtschlag, welcher seitens des Thäters später behufs Beseitigung eines Zeugen oder eines Entdeckers der Strafthat unternommen wird, fällt nicht unter § 214. Uebrigens erhält hierdurch der Ausdruck „bei Unternehmung einer strafb. Hdlg.“ eine Erläuterung dahin, daß auch die Vorgänge unmittelbar nach der die Unternehmung der Strafthat darlegenden Hdlg. darunter zu verstehen sind (vgl. § 251).

Da der bei der Tödtung verfolgte Zweck entscheidend ist, so genügt zur Anwendung des § 214 auch ein nur vermeintliches Hinderniß bzw. eine nur irrthümlich angenommene Gefahr der Ergreifung; so die GM.

4) Ein Versuch (§ 43) des Verbr. ist denkbar; vgl. o. N. 1 sowie § 212 N. 2.

5) Eine Idealkonk. (§ 73) des qualifizirten Todtschlages aus § 214 mit einem Morde (§ 211) ist nach dem N. 1 Bemerkten nicht denkbar, vielmehr schließen, da § 214 zur Voraussetzung hat, daß die Tödtung nicht mit Ueberlegung ausgeführt wurde, beide Bestimmungen sich derartig aus, daß ein bei Unternehmung einer strafb. Hdlg. verübter Mord lediglich unter § 211 fällt. So: RG. III 17. Sept. 85 E. 12 364, Thomsen GS. 30 86, 104 m, Binding Normen 2 512 N. 731, freilich aus dem Grunde, daß bei einheitlichem Verbrechensvorsatze (§ 212 N. 2) nur eine Konkurrenz von Qualifikationsgründen vorliege (vgl. jedoch § 73 N. 21 a). AM.: Berlin 14. Juli 75 O. 16 546, Oppenh. § 211 N. 17, Rüb.-St. N. 1 u. § 211 N. 9. Wegen Stellung einer Hülfsfrage aus § 214 bei einer Anklage aus § 211 vgl. das. N. 10.

Wegen des Verhältnisses zum § 215 vgl. das. N. 2.

6) Die Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist, nachdem der Kommissions-Entw. lebenslängliches Zuchth., der Bundesraths-Entw. Todesstr. in Aussicht genommen hatte, Zuchthaus und zwar wahlweise zeitiges von 10—15 J. o. lebenslängliches (§ $14_{1,2}$), neben welchem nach § 32 VbbEN. erkannt werden kann.

Der Versuch (N. 4) ist nach den §§ 44 (insbs. Abs. 4 bzw. 2), 45 zu bestrafen, weshalb auf ZulvPolAuff. (§§ 38 ff.) erkannt werden kann; vgl. § 44 N. 4, 5.

7) Nach § 67_1 findet die Verjährung der Strafverfolgung des vollendeten Verbr. in zwanzig, die des versuchten in funfzehn Jahren statt (das. N. 2 c); wegen des Beginnes der Verjährung vgl. § 67 N. 9.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73^{2-7}, 136^{1}.

§. 215.

Der Todtschlag an einem Verwandten aufsteigender Linie wird mit Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft.

PrStGB. § 179. Entw. I § 189, II § 210.

1) Wie § 214 (das. N. 1) enthält § 215 einen i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295, straferhöh. Umst. des einfachen Todtschlages. Dieser Umstand liegt in dem Verhältnisse des Todtschlägers zum Getödteten; letzterer muß ein „Verwandter aufsteigender Linie" (§ 52 N. 18) des ersteren gewesen sein. Mag man mit der GM. annehmen, daß der Dolus im Falle des § 215 ein durch die Richtung auf das Objekt eigenartiger sei, oder mit Binding Normen **2** 510 f. behaupten, daß der Dolus hier der gleiche wie bei allen vorsätzlichen Tödtungsverbrechen sei, unstreitig findet § 59 volle Anwendung. War aber der Getödtete thatsächlich ein Verwandter aufsteigender Linie und kannte der Todtschläger diese Eigenschaft, so kann es nicht darauf ankommen, ob der Getödtete selbst seine Vaterschaft fortwährend bestritten, ob er constante matrimonio der verbrecherischen Vaterschaft sich gerühmt, ob das im Vaterschaftsprozesse ergangene Urtheil noch nicht rechtskräftig geworden ꝛc.; aM. v. Holtzendorff HH. **3** 443.

2) Auf die Theilnahme am Verbr. findet § 50 Anwendung; das. N. 4 I c.

Idealkonkurrenz mit einem aus § 214 gleichfalls qualifizirten Todtschlage ist denkbar; vgl. § 73 N. 21 a; aM. Binding Normen **2** 511.

3) Die Strafsanktion ist die gleiche wie im Falle des § 214; vgl. deshalb sowie wegen Verjährung und Zuständigkeit das. N. 6, 7. Gegen die GM. (vgl. § 213 N. 2) und die ausdrückliche Erklärung der Motive erachtet Blum N. 1 u. § 213 N. 9 mild. Umst. für zulässig.

§. 216.

Ist Jemand durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getödteten zur Tödtung bestimmt worden, so ist auf Gefängniß nicht unter drei Jahren zu erkennen.

PrStGB. (fehlt). Entw. I (fehlt), II § 211. StB. S. 656—660.

1) Die Tödtung auf Verlangen des Getödteten bildet den Gegenstand eines selbständigen Verg. (§ 1 N. 7 b); denn § 216 unterscheidet in keiner Weise, ob die Tödtung mit oder nicht mit Ueberlegung ausgeführt wird, bedroht vielmehr lediglich die — unter einer gewissen Voraussetzung vorgenommene — „Tödtung" als solche, d. h. die vorsätzliche (vgl. deshalb § 211 N. 1—4), mit Strafe; so die GM. Die eigenartige, dem Art. 157 des Kgl. Sächs. revid. StGB. v. 1. Okt. 1868 wörtlich nachgebildete Fassung des § 216 allein kann die entgegenstehende Auffassung, wonach das Verlangen des Getödteten nur einen i. S. der StPO. §§ 262, 266, 295 strafverminb. Umst. des Mordes bzw. Todtschlages bilden soll, um so weniger rechtfertigen, als im RT. zwei Anträge, welche den Fall des § 216 unter § 211 (§ 212) subsumiren und daher die Einwilligung des Getödteten ausdrücklich oder stillschweigend als mild. Umst. zulassen wollten, abgelehnt wurden. So: Berlin 28. März 78 St. **8** 161, v. Liszt S. 125, 323, Merkel S. 307, H. Meyer S. 521, Rüd.-St. N. 3, John G. **25** 402, v. Schwarze GS. **34** 399, Baumgarten Versuch S. 353. AM.: RG. II 25. März 84 R. **6** 225 (ohne nähere Begründung; vgl. übrigens u. N. 5), Hälschner **2** 58, Oppenh. N. 6, Kohler Studien **1** 128, Löwe StPO. § 262 N. 2 c.

Ist aber auch der Thatbestand des § 216 i. S. sowohl des StGB. als auch der StPO. für ein selbständiges Verg. zu erachten, so folgt doch daraus nicht, daß diesem Delikte ein ganz anderer Charakter zukomme wie den übrigen vorsätzl. Tödtungsdelikten; so jedoch Rödenbeck Zweikpf. S. 42 ff., ähnlich Ullmann GS. **37** 543. Die Rechtswidrigkeit der Tödtung (vgl. § 211 N. 4) ist durch die Einwilligung des Getödteten, wenn sie in der im § 216 gedachten Art in die Erscheinung tritt, nicht für ausgeschlossen zu erachten; die Tödtung eines Einwilligenden ist, mit Ausnahme des Falles des § 216, als Mord bzw. Todtschlag zu bestrafen, indem von den Thatbeständen der §§ 211 u. 212 nur der leichteste Fall ausgeschieden

ist; so: Binding 1 720, H. Meyer S. 318, Keßler Einwilligg. d. Verl. S. 81 u. jetzt auch Rödenbeck GS. 37 140.

2) „Durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getödteten" muß der Thäter zur Tödtung bestimmt worden sein.

„Verlangen" darf bei der singulären Natur der Vorschrift des § 216 nicht mit „Einwilligung" identifizirt werden; so die GM.; aM.: Hälschner 2 55, Ortmann G. 25 117 mit Rücksicht auf § 142_2 und die Entlehnung des § 216 aus dem SächsStGB., in welchem der Art. 157 die Ueberschrift „Tödtung eines Einwilligenden" enthalten habe (wie auch die Motive von der „Tödtung eines Einwilligenden" sprechen); allein Ueberschriften (Marginalien) können dem Gesetzestext gegenüber keine entscheidende Bedeutung beanspruchen, im § 142 (das. N. 5) aber ist die Gleichstellung beider Begriffe gerade durch den Inhalt des Paragraphen selbst gerechtfertigt; Rödenbeck Zweikpf. S. 44 hat seine früher abweichende Ansicht jetzt im GS. 37 140 aufgegeben.

Ein „ausdrückliches" Verlangen ist, wie nach den Vorschriften des Civilrechts, zwar auch dann anzunehmen, wenn die Tödtung durch unzweideutige Geberden verlangt wird, schließt aber jedes nur präsumirte oder im Wege der Schlußfolgerung (aus sog. schlüssigen Hdlgen) angenommene Verlangen aus; so: Binding 1 721, Hälschner 2 55, v. Holtzendorff HH. 3 445 (der jedoch hinsichtlich des Begriffs der „Ausdrücklichkeit" im Civilrechte dissentirt), Oppenh. N. 5, Rüd.-St. N. 4; aM. Ortmann aO., der auf Grund seiner oben erwähnten Ansicht die „äußerliche Offenbarung der Umwandlung des animus vivendi in das Gegentheil" durch konkludente Hdlgen für genügend erachtet.

Wenn auch die „Ernstlichkeit" des Verlangens erfordert wird, so erscheint dieses insofern überflüssig (so auch Binding 1 721 N. 8 u. Ortmann aO.; aM. v. Schwarze N. 2), als bei fehlender Ernstlichkeit ein Verlangen selbstverständlich nicht vorliegt. Man wird deshalb das „ernstliche" Verlangen mit Puchelt N. 1 als ein „freies, zurechnungsfähiges" auffassen dürfen, so daß die Tödtung eines Geisteskranken auch auf ein von ihm in Wahrheit geäußertes Verlangen nicht unter § 216 fallen würde (s. jedoch u. § 218 N. 7); ebenso: Hälschner 2 56 N. 1, v. Liszt S. 323, Oppenh. N. 4, Rüd.-St. N. 4; aM. v. Holtzendorff HH. 3 447.

3) Eine „Bestimmung" des Thäters durch das Verlangen des Getödteten liegt nur dann vor, wenn das letztere beim Thäter den Entschluß zur Tödtung hervorgerufen hat; nach der Fassung des Gesetzes muß auch das Verlangen des Getödteten das einzige ausschlaggebende Moment sein; es greifen hier die Grundsätze über die Anstiftung (§ 48 N. 4) analog Platz; Binding 1 720. Würde nach vorausgegangenem Verlangen des Getödteten schließlich ein anderer Umstand den Entschluß bei dem noch zweifelhaften Thäter hervorrufen, z. B. die von einem Angehörigen versprochene Belohnung, so würde die Voraussetzung des § 216 nicht vorliegen. So: Hälschner 2 56, Schütze S. 381 insbs. N. 8, Puchelt N. 1, Rubo N. 3, Rüd.-St. N. 5, v. Schwarze N. 2, Ortmann G. 25 118, Keßler Einwilligg. d. Verl. S. 82, sowie Rödenbeck Zweikpf. S. 44 u. Breithaupt Volenti non fit inj. S. 51, welche jedoch — wie Hälschner — mit Recht für unerheblich erachten, wenn der Bestimmungsgrund durch ein weiteres mitwirkendes Motiv unterstützt wurde; so wohl auch Oppenh. N. 3, der im übrigen, übereinstimmend mit Hälschner, Breithaupt aO. u. H. Meyer S. 521, zutreffend bemerkt, daß der Thäter das Verlangen des Getödteten nicht arglistig hervorgerufen haben dürfe, denn alsdann würde jener, nicht aber dieser der Bestimmende gewesen sein; aM. v. Schwarze N. 4 u. Ortmann aO., welchem letzteren nur zuzugeben ist, daß nicht bei jeder Provokation des Tödtenden auf das Verlangen des Getödteten die Anwendbarkeit des § 216 cessire.

4) Der Dolus besteht nicht, wie beim Mord und Todtschlag, in dem unbedingten Wollen der Tödtung, sondern nur in dem Wollen der Tödtung, insofern diese mit dem Verlangen des Getödteten selbst übereinstimmt; der Dolus ist deshalb im Falle des § 216 anders geartet als in den Fällen der §§ 211, 212; so: Berlin 28. März 78 St. 8 161, v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 200; vgl. auch Merkel HRl. „Tödtungsverbr."; aM. Binding 1 721 u. Normen 2 513 (die Tödtung des § 216 sei nichts anderes wie privilegirter Mord- o. Todtschlagsfall). Der beim Mord und Todtschlag erforderliche unbeschränkte Vorsatz liegt des-

halb nicht vor, falls der Thäter auf Grund faktischen Irrthums ein „ausdrückliches und ernstes Verlangen des Getödteten" annahm; unter analoger Anwendung des Grundsatzes des § 59 N. 25c kann in solchem Falle folglich nicht Bestrafung aus den §§ 211, 212, sondern nur aus § 216 erfolgen; so: Geyer 2 7, v. Holtzendorff HH. 3 447, Ortmann G. 25 117, v. Buri aO., Oppenh. N. 4, Rüd.-St. N. 4, v. Schwarze N. 5; aM.: Binding aO., v. Liszt S. 323.

5) Der Versuch ist nicht ausdrücklich für strafbar erklärt und deshalb, da die Tödtung auf Verlangen ein selbständiges Verg. ist (N. 1), nach § 43₂ straflos; so die GM., insbs.: RG. I 15. Nov. 80 E. 2 442, Berlin 28. März 78 St. 8 161; aM.: Hälschner 2 58, Oppenh. N. 6. Ist aber auch der Versuch „als solcher" straflos (vgl. § 46 N. 3), so würde doch an sich die Hdlg. unter Umständen als Körperverltzg. strafbar erscheinen, da die Tödtungsabsicht die Absicht, eine körperliche Mißhdlg. zuzufügen, in sich schließt; auf diesem Standpunkt stehen in der That: cit. RG. 15. Nov. 80, v. Holtzendorff HH. 3 447, v. Liszt S. 323. Allein diese Ansicht ist zu verwerfen, weil das StGB., indem es den Versuch unter Regelung der Materie der Tödtung eines Einwilligenden straflos ließ, damit indirekt die Straflosigkeit der nicht zur Tödtung führenden Hdlg. ausgesprochen hat; auch würde nach der entgegengesetzten Annahme die versuchte Tödtung schwerer als die vollendete gestraft werden können; so: Binding 1 721, Geyer 2 7 u. (wenn auch prinzipiell abweichender M.) Hälschner aO. N. 3; endlich aus anderen Gründen: v. Schwarze N. 7 A. 4, Zimmermann G. 29 441, Rödenbeck Zweikpf. S. 46, 53, Kronecker, Ortmann, GS. 35 221, 371, Baumgarten Versuch S. 354, Breithaupt Volenti non fit inj. S. 53, (der Vorsatz sei ausschließlich auf Tödtung, nicht alternativ auf Verletzung gerichtet).

6) Was das Verhältniß des § 216 zu den §§ 211 bzw. 212—215 betrifft, so müssen diese §§. durch jenen für völlig ausgeschlossen gelten; denn da die „Tödtung" i. S. des § 216 die vorsätzl. Tödtung sowohl mit als nicht mit Ueberlegung bezeichnet, so liegt in dem Umstande, daß § 216 eine Tödtung „auf Verlangen des Getödteten" voraussetzt, eine Spezialisirung gegenüber den Bestimmungen der §§ 211 bzw. 212—215; so John G. 25 402. Diese Auffassung ist wesentlich wegen der auf einem Redaktionsfehler (so: v. Liszt S. 323, H. Meyer S. 455 N. 6, 521; aM. v. Schwarze S. 602) beruhenden Konsequenz angefochten, daß im Falle des § 216, obgleich demselben der Gedanke einer milderen Bestrafung zu Grunde liegt, der Thäter mit mindestens drei Jahren Gefängniß bestraft werden muß, während anderenfalls beim Todtschlage nach § 213 auf sechs Monate hinuntergegangen werden kann; es wird deshalb mehrfach angenommen, daß § 216 nur gegenüber den §§ 211, 215 unbedingte Anwendung finde, daß dagegen § 216 beim einfachen Todtschlage lediglich dann zur Geltung gelange, wenn die in erster Linie stehenden mild. Umst. des § 213 verneint worden seien; so namentl.: Binding 1 468 (derselbe Rechtssatz könne nicht dazu bestimmt sein, einander widersprechenden Zwecken zu dienen), Hälschner 2 58, v. Holtzendorff HH. 3 447, Oppenh. N. 6, Thomsen GS. 30 90, Breithaupt Volenti non fit inj. S. 52.

Wegen des Verhältnisses des § 216 zum § 222 vgl. das. N. 6 letzt. Abs., wegen desjenigen zum § 229 das. N. 9.

7) Die Strafe ist Gefängniß von 3—5 J. (§ 16). Bei der selbständigen Natur des Verg. (N. 1) kann nicht als Nebenstr. auf VdbER. erkannt werden (§ 32 N. 6b); Rubo N. 4.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67₂ in fünf Jahren; wegen des Beginnes der Verjährung vgl. das. N. 9.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 217.

Eine Mutter, welche ihr uneheliches Kind in oder gleich nach der Geburt vorsätzlich tödtet, wird mit Zuchthaus nicht unter drei Jahren bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter zwei Jahren ein.

PrStGB. § 180. Entw. I § 190, II § 212. StB. S. 660 f.

1) Der Kindesmord ist, wie die Tödtung auf Verlangen des Getödteten (§ 216 N. 1), ein selbständiges Delikt; denn auch hier wird die „vorsätzliche Tödtung" (vgl. § 211 N. 1—4, auch § 214 N. 1) an sich, ohne Rücksicht darauf, ob sie mit oder nicht mit Ueberlegung ausgeführt wurde, mit Strafe bedroht; so: RG. III 2. März 81, 2. Jan. 90, R. 3 93, E. 20 171, John G. 25 403, v. Holtzendorff HH. 3 452, 455, H. Meyer S. 522; aM.: Oppenh. N. 1, Löwe StPO. § 262 N. 2c.

2) Subjekt und Objekt des Verbr. müssen, wie im Falle des § 215 (das. N. 1), in einer bestimmten verwandtschaftlichen Beziehung zu einander stehen; eine „Mutter", d. h. eine leibliche — unverheirathete oder verheirathete — Mutter, muß ihr „uneheliches Kind" getödtet haben. Daß für den Begriff der Unehelichkeit des Kindes die civilrechtlichen Vermuthungen nicht in Betracht kommen können, ist bei der selbständigen Natur des Strafrechts nicht fraglich; so die GM., insbs. Berlin 23. Jan. 77 O. 18 57.

Zweifelhaft ist dagegen zunächst der Einfluß einer nichtigen Ehe (§ 171 N. 2_3); für die hier in Rede stehende Frage wird man die formelle Existenz einer Ehe für entscheidend erachten müssen, denn besteht die Ehe auch nur formell, trotz materieller Nichtigkeit, so liegen die eigenthümlichen Verhältnisse, welche der Gesetzgeber bei Aufstellung einer besonderen Bestimmung betreffs des Kindesmordes offenbar im Auge hatte, in keiner Weise vor; dazu kommt, daß das StGB. selbst auch eine nichtige Ehe (vgl. § 171) immerhin als Ehe betrachtet; so die GM.; aM.: v. Holtzendorff HH. 3 449 f., ein in nichtiger Ehe erzeugtes, aber nach Auflösung derselben geborenes Kind sei ein uneheliches, Rüd.-St. N. 2; ebenso Schütze S. 387 insbs. N. 6, wenigstens falls die Mutter der Nichtigkeit sich bewußt gewesen sei; letzteres ist auch die Ansicht von Wehrli Kindsmord S. 69.

Weiterhin ist zweifelhaft, ob die Erzeugung des Kindes seitens des Ehemannes in der Ehe stattgefunden haben müsse, oder ob die der Zeugung nachfolgende Ehe die Ehelichkeit des Kindes begründe; auch hier wird man mit der überwiegenden Meinung (vgl.: Berner S. 508, Hälschner 2 60, H. Meyer S. 524, Schütze S. 387 N. 6, Oppenh. N. 4, v. Schwarze N. 1, Wehrli aO. S. 68) das letztere annehmen müssen, denn auch bei einem vom Ehemanne zwar vor der Eheschließung gezeugten, aber erst nach derselben geborenen Kinde trifft das gesetzgeberische Motiv kaum zu; aM.: v. Holtzendorff aO., Rubo N. 1; anscheinend erachtet Merkel HRl. „Kindesmord" hier die Grundsätze des Civilrechts für entscheidend. Wohin jedoch diese Hineinziehung civilrechtl. Grundsätze führt, sieht man aus der Ansicht von Blum N. 2, welcher auch die vor der Ehe geborenen sog. Brautkinder des Sächs. Rechts als eheliche ansieht.

3) Die weitere Voraussetzung des Kindesmordes ist die Tödtung des Kindes „in oder gleich nach der Geburt." Mit Recht wird aber angenommen, daß die tödtende Handlung, nicht der Tod selbst in der angegebenen Frist erfolgt sein müsse; v. Holtzendorff HH. 3 454, Oppenh. N. 8, v. Schwarze N. 3.

a) Ein Kind ist „in der Geburt", sobald die Geburt zwar ihren Anfang genommen hat, aber noch nicht vollendet ist. Da aber die „Geburt" nicht dem mit den „Geburtswehen" beginnenden Geburtsakte gleichsteht, so ergiebt sich, daß das Kind wenigstens zum Theil schon aus dem Mutterleibe herausgetreten sein muß, daß folglich die noch ganz im Mutterleibe befindliche Leibesfrucht nicht Objekt des Kindesmordes, sondern nur der Abtreibung (§§ 218—220) sein kann; so die GM.; aM. einerseits die § 211 N. 1 gedachten Vertreter der Ansicht, nach welcher der Eintritt der Geburtswehen entscheidend ist, andererseits v. Holtzendorff HH. 3 453, der „Beginn des Lebens außerhalb des Mutterleibes" fordert. Vollendet ist die Geburt dagegen nicht schon, wie Rubo N. 3 annimmt, mit dem gänzlichen Verlassen des Mutterleibes, sondern erst mit der Lösung der Nabelschnur; so die GM. Daraus, daß im § 217 auch eines Kindes „in der Geburt" ausdrücklich erwähnt wird, folgt, daß ein solches i. S. des StGB. überhaupt Objekt der vorsätzlichen Tödtungsdelikte sein kann; § 211 N. 1.

b) Die Worte „gleich nach der Geburt" bezeichnen keinen festen Zeitpunkt, innerhalb dessen die Tödtung des Kindes erfolgt sein müsse, vielmehr unterliegt es wesentlich thatsächlicher Beurtheilung, ob eine nach vollendeter Geburt ausgeführte Tödtung noch als

„gleich" nach der Geburt geschehen anzusehen ist. Immerhin wird es möglich sein, gewisse Grenzlinien zu ziehen, deren Außerachtlassung eine die Revision begründende Normverletzung enthalten würde. Die Neuentbundene kann im Zustande der Bewußtlosigkeit eine strafb. Hdlg. überhaupt nicht begehen (§ 51 N. 8); ist sie zwar nicht mehr bewußtlos, aber doch noch nicht zur vollen Klarheit über den stattgefundenen Geburtsakt gekommen, so ist eine in solchem Zustande vorgenommene Tödtung jedenfalls noch „gleich nach der Geburt" verübt. In der Fortdauer dieser Gemüthsbewegung — der hierdurch hergestellten Kontinuität zwischen Geburt und Tödtung des Kindes — findet die GM., insbs. RG. III 8. Mai 80 E. 2 153, mit Recht das entscheidende Moment, so daß eine nach ihrer Beseitigung erfolgte Tödtung als Kindesmord nicht mehr angesehen wird; aM. v. Holtzendorff HH. 3 454 u. H. Meyer S. 525, welche auf den Gemüthszustand kein zu entscheidendes bzw. kein ausschließliches Gewicht legen wollen; ganz unrichtig ist die Ansicht von v. Schwarze N. 2, daß bei einer Tödtung nach Ablauf von 24 Stunden die Präsumtion für Beseitigung des Affektes spreche.

4) Eine alternative Feststellung dahin, daß die Tödtung „in oder gleich nach der Geburt" erfolgt sei, ist mit Oppenh. N. 10 u. Rüd.-St. N. 4 gegen Rubo N. 5 für zulässig zu erachten. Das Gesetz stellt offenbar beide Fälle, als bloße Modalitäten der Hdlg., ganz gleich; mag das eine oder das andere der Fall sein, so liegt Kindesmord vor; vgl. § 47 N. 29.

5) Wegen des Dolus gilt das zum § 216 N. 4 Bemerkte entsprechend; der Vorsatz richtet sich nicht unbedingt, sondern nur insofern auf Tödtung des Kindes, als dieses für ein uneheliches gehalten wird; so: v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 199, Hälschner 2 60, Oppenh. N. 11, Rubo N. 8, v. Schwarze N. 1; aM. Binding Normen 2 513. Nach Analogie des § 59 (das. N. 25c) kann folglich die Mutter, welche irrthümlich ihr eheliches Kind bei der Tödtung für ein uneheliches hielt, nicht aus §§ 211, 212, sondern nur aus § 217 bestraft werden; so: Geyer 2 8, Hälschner aO., Wehrli Kindsmord S. 70; aM. v. Liszt S. 322, weil der Irrthum auf das juristische Verhältniß zum Kinde sich beziehe. Hält umgekehrt die Mutter ihr uneheliches Kind für ein eheliches, so findet dennoch § 217 Anwendung, nicht aber die §§ 211, 212 (vgl. § 59 N. 25b); so Geyer, während umgekehrt Hälschner aO. hier § 217 nicht für anwendbar erachtet. In diesem Falle kann auch nicht einmal ein Versuch der Verbr. des Mordes o. Todtschlages angenommen werden, weil unter den Voraussetzungen des § 217 ein „uneheliches Kind" diesen Verbr. als Objekt entzogen ist, es somit an einem Objekte für dieselben fehlen würde (§ 43 N. 21); aM. v. Buri aO. S. 200.

6) Ein Versuch (§ 43) des Verbr. ist denkbar.

Wegen „Anstiftung" und „Beihülfe" (§§ 48, 49) vgl. § 50 N. 8, womit Geyer 2 8, Hälschner 2 64, v. Liszt S. 322, Merkel S. 308 u. Wehrli Kindsmord S. 67 übereinstimmen. Vgl. auch § 211 N. 9.

7) Das Verhältniß des § 217 zu den §§ 211 bzw. 212, 213 ist dasselbe wie dasjenige des § 216 (das. N. 6), d. h. § 217 schließt als speziellere Bestimmung (N. 2, 3) die gedachten §§. aus, was freilich auch hier ebenfalls in Folge eines Redaktionsfehlers (aM. Wehrli Kindsmord S. 126) zu der Unbilligkeit führt, daß bei Annahme mild. Umst. (N. 8) mindestens auf zwei Jahre Gefängniß erkannt werden muß, während der zulässige Mindestbetrag im Falle des § 213 nur sechs Monate beträgt. So: John G. 25 403, Hälschner 2 63, Merkel HRl. „Kindesmord", H. Meyer S. 525, Schütze S. 389 N. 10, Oppenh. N. 17, Rubo N. 6 u., trotz abweichender Ansicht im Falle des § 216, v. Holtzendorff HH. 3 455. AM. Thomsen GS. 30 87, welcher bei einem den Charakter des Todtschlages an sich tragenden Kindesmorde in erster Linie § 213 anwendet.

Wegen des Verhältnisses des § 217 zum § 221 vgl. das. N. 13, zum § 229 das. N. 9.

8a) Für die Bestrafung des vollendeten Verbr. gilt Folgendes:

Die ordentliche Hauptstrafe ist Zuchth. von 3—15 J. (§ 14_2).

Die für den Fall mild. Umst. (Th. I Abschn. 4 N. 13a ff.) angedrohte Strafe ist Gefängniß von 2—5 J. (§ 16).

Als Nebenstrafe kann sowohl neben Zuchth. als auch neben Gef. nach § 32 VbbER. erkannt werden.

b) Der Versuch (N. 6) wird nach den §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 bestraft.

9) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67, in funfzehn Jahren; wegen des Beginnes der Verjährung vgl. das. N. 9.

Zuständig ist SchwG.; GVG. § 80, 73[2–7], 136[1].

§. 218.

Eine Schwangere, welche ihre Frucht vorsätzlich abtreibt oder im Mutterleibe tödtet, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

Dieselben Strafvorschriften finden auf denjenigen Anwendung, welcher mit Einwilligung der Schwangeren die Mittel zu der Abtreibung oder Tödtung bei ihr angewendet oder ihr beigebracht hat.

PrStGB. § 181. Entw. I § 191, II § 213.

Zu §§ 218—220. Vorsätzliche Tödtung einer Leibesfrucht. N. 1—4.

1) Die Abtreibungsverbrechen der §§ 218—220 bestehen durchweg in der vorsätzlichen Verursachung des Todes einer nachweislich lebenden Leibesfrucht, entweder in oder nach der Geburt durch die Abtreibung selbst, d. h. also durch die vorzeitige Herbeiführung ihres Abganges aus dem Mutterleibe (RG. II 15. Apr. 90 E. 20 367, die bloße innerliche Lostrennung der Frucht von ihren Ernährungsorganen sei deshalb keine A.) oder noch vor ihrem Abgange durch Tödtung „im Mutterleibe", auf welchen letzteren Worten der Nachdruck liegt (das cit. RG. erachtete die Herbeiführung der Unmöglichkeit einer Weiterentwickelung der Frucht nicht gleichbedeutend mit der Beendigung des Weiterlebens, d. h. mit Tödtung). Diese Ansicht ist zwar für den Fall der ersteren Alternative bestritten und wird dafür erachtet, daß die Abtreibung als solche im Gegensatze zur Tödtung des Kindes im Mutterleibe den Thatbestand eines besonderen Verbr. bilde, zu dessen Vollendung nur die durch die angewendeten Mittel bewirkte Trennung der Leibesfrucht (nach Meinung Einzelner auch der bereits abgestorbenen) gehöre; selbst eine geringe künstliche Verfrühung des Geburtsaktes falle somit, wenn nicht die Rechtswidrigkeit durch besondere Momente ausgeschlossen sei (N. 4), unter diese Strafbestimmungen. Diese Ansicht stützt sich wesentlich nur auf den Wortlaut des Gesetzes — und auch das nicht einmal mit Recht, da „Abtreibung" im gewöhnlichen Leben die vorzeitige Bewirkung des Abganges der Leibesfrucht mit tödtlichem Erfolge bedeutet. Für die oben vertretene Ansicht spricht dagegen die Entstehungsgeschichte des wesentlich gleichlautenden § 181 PrStGB. (Goltd. Mat. 2 387), die Auslegung, welche dieselbe gefunden hat (Goltd. aO., Beseler PrStGB. S. 359, Oppenh. PrStGB. § 181 N. 1, 2, 5, Hälschner System 2 120 f.), ferner die Entstehungsgeschichte der §§. des RStGB. selbst, indem die Motive eine veränderte Auffassung in keiner Weise andeuten, RTverhdlgen über jene aber garnicht stattgefunden haben, die Aufnahme der Bestimmungen der §§ 218—220 in diesen Abschnitt, endlich der innere Grund, daß bei Annahme eines Generalverbots „der Bewirkung des Abganges der Frucht" Hdlgen des verschiedenartigsten Charakters zusammengefaßt und mit derselben Strafe bedroht sein würden, was nur im Nothfalle, der hier auch nach dem Sprachgebrauche keineswegs vorliegt, gerechtfertigt sein würde. So: RG. III 9. Juli 81 E. 4 380, Horch Abtreibung S. 37, 45, 63, v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 201, Hälschner 2 66 u. GS. 32 593, Sontag Krit. Vierteljahrsschr. 19 30, Binding Normen 2 513 ff., v. Holtzendorff HH. 3 458 u. HRl. „Abtreibg.", Berner S. 511, Geyer 2 10, Schütze S. 390, Blum N. 1—4, Oppenh. N. 2, 3 (der jedoch nur Versuch annimmt, wenn das Kind lebend geboren wird und erst demnächst in Folge der Abtreibung stirbt), Puchelt N. 2, v. Schwarze N. 1, 9, Rohland Gefahr S. 37. AM: Merkel S. 309, v. Wächter S. 336 u. GS. 29 10, v. Liszt S. 338 f., Ortloff GS. 34 445 N. **. Eine Mittelmeinung vertritt Rubo N. 2, indem er zwar die Absicht, zu tödten, und als Objekt eine lebendige Leibesfrucht, dagegen zur Vollendung des Verbr. nicht den Eintritt der Tödtung erfordert; auch H. Meyer S. 540, 543 N. 10 verlangt als Objekt eine lebende Leibesfrucht.

Wegen des fehlenden Tödtungsvorsatzes liegt sonach ein Abtreibungsverbrechen nicht vor, wenn die Mutter ihrer Frucht durch Bewirkung einer vorzeitigen Geburt die Rechte eines ehelichen Kindes sichern will; die von Horch aO. S. 42 angenommene Anwendbarkeit des § 169 in einem solchen Falle dürfte aber zu verneinen sein.

Wegen fehlenden Objektes liegt, wenn die Frucht todt ist, auch nicht fahrl. Tödtung vor (§ 222 N. 1); diejenigen, die Tödtungsabsicht nicht verlangen, nehmen hier Abtreibung an und zwar, wie z. B. H. Meyer S. 543, in Konkurenz mit fahrl. Tödtung (§ 211 N. 1).

2) Hinsichtlich des Objektes der Abtreibung ist noch hervorzuheben, daß die Leibesfrucht den Mutterleib auch noch nicht zum Theil verlassen haben darf, weil sie alsdann ein bereits „in der Geburt" begriffenes Kind und somit Objekt der vorsätzl. Tödtungsdelikte, insbs. des Kindesmordes, sein würde (§§ 211 N. 1, 217 N. 3a); v. Holtzendorff HH. 3 457, v. Liszt S. 338, Horch Abtreibung S. 37.

Wenn auch die Abtreibungsverbr. nach N. 1 eine lebende Frucht (vgl. Hälschner 2 65 „eine in der Entwickelung begriffene menschl. Leibesfrucht und eine solche existirt vom Augenblicke der Konzeption an bis zur erfolgten Geburt") als Objekt erfordern, so kann eine sog. Mole trotzdem ein geeignetes Objekt der Abtreibung sein, denn auch sie ist eine im Mutterleibe wenigstens eine Zeitlang lebende Frucht (vgl. § 211 N. 1_2); so auch v. Liszt aO. S. 38. Anders die GM., welche jedenfalls zum Theil von physiologisch unrichtigen Anschauungen ausgeht; so z. B. Rubo N. 2, insbs. S. 756 N. ***, eine Frau, die eine mola in sich trage, sei nicht schwanger, sondern krank. Vgl. auch u. N. 5a.

3) Welche Mittel zur Herbeiführung der Tödtung der Leibesfrucht angewendet werden, ist an sich gleichgültig, wenn nur der Kausalzusammenhang zwischen dem Unternehmen der Abtreibung und dem Tode der Frucht feststeht (vgl. RG. III 9. Juli 81 E. 4 380 btr. die Aufhebung des Kausalzusammenhanges durch einen sog. Vorfall der Nabelschnur); während das PrStGB. § 181_1 noch ausdrücklich die Tödtung durch äußere (mechanisch wirkende) oder durch innerliche Mittel (dynamisch wirkende eigentliche Abortivmittel) hervorhob, ist eine solche Erwähnung im RStGB. mit Recht unterlassen und zwar, nicht nur weil sie überflüssig ist, sondern auch weil unter Umständen (vgl. § 220 N. 1) rein psychische Mittel denkbar sind; v. Liszt S. 339. Wie hiernach die Anwendung verschiedener Mittel nur Modalitäten desselben Thatbestandes sind, so folgeweise auch die Tödtung „durch Abtreibung" oder „im Mutterleibe"; eine alternative Feststellung bezüglich beider Arten der vorsätzlichen Tödtung ist deshalb zulässig (§ 47 N. 29); Binding Normen 2 516, Oppenh. N. 3. Hat aber das Absterben der Frucht in Folge der verbrech. Thätigkeit noch vor dem Austritt aus dem Mutterleibe stattgefunden, so ist die That i. S. des § 218 nur als Tödtung der Frucht im Mutterleibe zu bezeichnen.

4) Die Rechtswidrigkeit der Hdlg. ist Voraussetzung auch der Abtreibungsverbrechen ebenso wie der vorsätzlichen Tödtungsdelikte; so die GM. bis auf Rubo N. 11. Hinsichtlich der Straflosigkeit der Abtreibung zur Rettung der Mutter gilt deshalb das zum § 211 N. 4_2 Bemerkte gleichfalls und zwar um so mehr, als es bei der Abtreibung sich um eine Frucht handelt, die auch nicht einmal zum Theil aus dem Mutterleibe herausgetreten ist; so die GM.; während Blum N. 5 nur das Vorliegen mild. Umst. annimmt, wird die Straflosigkeit der Abtreibung unter jener Voraussetzung unzutreffend gerechtfertigt von Rubo N. 11 aus dem Gesichtspunkte der Nothwehr, von v. Schwarze § 54 N. 9, weil der Arzt lediglich als Werkzeug der Mutter sich brauchen lasse (§ 54 N. 8).

Zu § 218 N. 5—12. — Zu Absatz 1. N. 5.

5) Der Absatz 1, wegen dessen Verhältniß zu Abs. 3 unten N. 8 zu vergleichen, enthält zunächst den allg. Thatbestand der vorsätzl. Tödtung der Leibesfrucht nach Maßgabe der Bemerkungen in N. 1—4. Die Besonderheit liegt darin, daß die Schwangere selbst als Subjekt des Verbr. vorausgesetzt wird; letzteres ist deshalb ein delictum proprium, auf welches im übrigen die allg. Regeln Anwendung finden. Es gilt dieses namentlich:

a. für den Versuch, der insbs. auch dann anzunehmen ist, wenn das abgetriebene Kind am Leben bleibt; so: RG. III 9. Juli 81 E. 4 380, Hälschner 2 67, v. Holtzendorff HRl.

„Abtreibg."; aM. Horch Abtreibung S. 47. Als bloßen Versuch sieht Hälschner 2 67 auch die Abtreibung einer sog. Mole an; s. jedoch o. N. 2_2. Wegen des sog. untauglichen Versuchs vgl. § 43 N. 19 ff., insbs. die N. 21 citt. **RG.** III 7. Juni 82, 30. März 83 sowie das N. 23 cit. **RG.** VStS. 24. Mai 80 btr. Abtreibungsversuch mit einem absolut untauglichen Mittel, mit welchem Horch aO. u. Wächter S. 337 übereinstimmen. Wegen Abgrenzung des Versuchs von bloßer Vorbereitung vgl. § 43 N. 12, 15, 16, insbs. das in letzterer cit. **RG.** III. 1. Dez. 87, welches die Annahme einer bloßen Vorbereitungshdlg. für rechtsirrthümlich erklärte. Wegen Rücktritts vom Versuche vgl. § 46 N. 2, insbs. die dort citt. abweichenden **RG.** I 13. Jan. 81, II 6. Juni 82, beide btr. einen Abtreibungsversuch;

b. für die Theilnahme; Mitthäterschaft ist nur insofern denkbar, als durch die vom Dritten entwickelte Thätigkeit der Thatbestand einer anderen strafb. Hdlg. (z. B. aus Abs. 3) erfüllt wird (§ 47 N. 14a); Anstiftung und Beihülfe dagegen sind unbeschränkt denkbar (§§ 48 N. 20, 49 N. 20), auch für den Fall, daß die That in den Grenzen des Versuchs geblieben war; **RG.** III 1. Dez. 80 E. **3** 162.

Der Vorsatz, die Frucht im Mutterleibe zu tödten, würde übrigens auch bei einem Selbstmorde vorliegen, folglich, da die Hdlg. selbst die Frucht gleichfalls trifft, beim Bewußtsein hiervon der versuchte Selbstmord, die Zurechnungsfähigkeit der Schwangeren vorausgesetzt, als vollendetes oder versuchtes Verbr. aus § 218_1 strafbar sein; so: H. Meyer S. 543, Rüd.-St. N. 6, Horch aO. S. 41; aM.: v. Holtzendorff HH. **3** 459, weil die Hdlg. nicht unmittelbar gegen die Frucht gerichtet sei, v. Liszt S. 339, Oppenh. N. 5.

Zu § 218 Absatz 3. N. 6—10.

6) Der Absatz 3 enthält den gleichfalls in der vorsätzl. Tödtung der Leibesfrucht bestehenden Thatbestand eines selbständigen Verbr., dessen Thäter — im Gegensatz zum Abs. 1 — nicht die Mutter, sondern ein Dritter ist; keineswegs erscheint dieser nur als Theilnehmer an dem Verbr. der Mutter aus Abs. 1, vielmehr kann diese umgekehrt Theilnehmerin an dem Verbr. aus Abs. 3 sein (vgl. N. 5b); so die GM., insbs.: **RG.** III 10. Apr. 80 E. **1** 350, II 28. Juni 87 R. **9** 387, Berlin 6. Juni 72 St. **1** 347.

7) Die „Einwilligung der Schwangeren" bildet für die aus Abs. 3 strafb. Hdlg. des Dritten die Voraussetzung; unter Einwilligung ist jedes ausdrückliche oder stillschweigende Einverständniß zu verstehen (Rüd.-St. N. 2), ohne daß die Kenntniß des Thäters von demselben erforderlich wäre (Rubo N. 7); denn den Gegensatz bilden die Worte „ohne Wissen oder Willen" im § 220 (das. N. 2), so daß „Einwilligung" mit „Wissen und Willen" gleichbedeutend ist. Aus dem Erforderniß der Einwilligung wird nicht zu folgern sein, daß die Schwangere zurechnungsfähig gewesen sein müsse; dieser dem Angeklagten günstigeren Auffassung steht der Wortausdruck nicht entgegen und ein besonderes Moment, auf Grund dessen die Zurechnungsfähigkeit verlangt werden müßte (vgl. § 216 N. 2_4), liegt nicht vor; so: Hälschner **2** 70 u. GS. **32** 595, Oppenh. N. 11, Horch Abtreibung S. 48; aM. v. Liszt S. 339 u. für den Fall, daß der Thäter die Unzurechnungsfähigkt. kannte, Geyer **2** 10; anscheinend auch **RG.** I 13. Juli 87 (verbis „wenn es denkbar wäre, daß die Schwangere ihre Einwilligung ertheilen könnte, ohne sich strafrechtlich verantwortlich zu machen"), II 10. Juni 90, E. **16** 184, **21** 14.

Wurde aus Irrthum (§ 59 N. 25c) angenommen, daß die Schwangere einwillige, so findet Bestrafung aus § 218_3 (bzw. § 219) und nicht aus § 220 (das. N. 1) statt; cit. **RG.** 13. Juli 87.

8) Die Handlung selbst besteht darin, daß der Thäter unter der eben gedachten Voraussetzung „die Mittel zu der Abtreibung oder Tödtung bei der Schwangeren angewendet oder ihr beigebracht hat". Da von einer vorsätzl. Tödtung der Leibesfrucht durch psychische Mittel (N. 3) im vorliegenden Falle nicht wohl die Rede sein kann' so bezieht man mit Recht die „Anwendung" auf äußere, die „Beibringung" auf innere Mittel; wenn Oppenh. N. 8 u. Rubo N. 9 den letzteren Ausdruck auch auf Einimpfen und subkutane Einspritzung beziehen, so ist dagegen zu bemerken, daß derartige Abtreibungsmittel zur Zeit nicht bekannt sind. Fraglich ist, inwieweit eine dieser Hdlgen die Mitwir-

kung der Schwangeren erfordere, denn daß überhaupt eine Mitwirkung derselben stattfinden müsse, kann nicht wohl zweifelhaft sein; Hälschner GS. 32 612.

Bei der Anwendung äußerer Mittel wird die Schwangere jedenfalls, ohne weitere Betheiligung an der Haupthdlg., blos duldend sich verhalten können, so daß ihre Mitwirkung lediglich auf die freiwillige Darbietung ihres Körpers zur Vornahme mechanisch wirkender Mittel an demselben sich beschränkt; vgl. jedoch RG. I 13. Juli 87 E. 16 184 aE.

Die Beibringung innerer Mittel ist von dem im § 219 (das. N. 1 a) gedachten „Verschaffen" von Mitteln verschieden; das Darreichen eines selbstbereiteten Mittels an die Schwangere mit der Aufforderung, zu trinken, würde hier, wo die Schwangere als mitwissend vorausgesetzt wird, zwar ein „Verschaffen", nicht aber ein „Beibringen" sein (RG. I 11. März 80 E. 1 270); hiernach wird man für die „Beibringung" ein blos duldendes Verhalten der Schwangeren verlangen müssen (vgl. jedoch § 299 N. 5), und erachtet deshalb Hälschner 2 71 sowie aO. S. 605 das Gesetz, insofern es von „Beibringung" spricht, für unpraktisch, weil ein blos duldendes Verhalten beim Einnehmen innerer Mittel nicht denkbar sei; diese Ansicht ist jedoch nicht ganz zutreffend, da Jemand durch Zuhalten der Nasenlöcher zur Reflexbewegung des Schluckens genöthigt werden kann (vgl. § 240).

Abgesehen von dieser Differenz gelangt man hiernach mit Hälschner aO. S. 596, 600 ff. zu dem Resultat, daß die Mitwirkung der Schwangeren, wenn diese blos duldend ohne Betheiligung an der die Tödtung verursachenden Hdlg. sich verhält, als Beihülfe (§ 49), anderenfalls aber als Mitthäterschaft (§ 47) sich charakterisirt. So: RG. III 10. Apr. 80 E. 1 350, I 13. Juli 87 E. 16 184 (das Gesetz lasse in keiner Weise erkennen, daß die Gegenüberstellung der §§ 218_3, 219 mit § 220 — das. N. 1 — die Bedeutung einer vorhandenen oder fehlenden Mitschuld zwischen der Schwangeren und dem Dritten habe), v. Liszt S. 340, Oppenh. N. 10, 12. AM. einerseits: Berlin 29. Nov. 78 O. 19 558, H. Meyer S. 542, Horch aO. S. 51, Rüd.-St. N. 2 u. v. Schwarze N. 15, welche stets Mitthäterschaft annehmen, andererseits Pfizer GS. 28 47, welcher an sich die Schwangere als die alleinige Thäterin, den Dritten nur als Gehülfen, allerdings unter Umständen als „Hauptgehülfen" mit „wesentlicher Beihülfe" ansieht. Hiernach kann auf Grund des § 218 das Verhältniß des Dritten zur Schwangeren selbst dahin sich gestalten:

a. beide Personen sind Mitthäter in der Weise, daß die Schwangere aus Abs. 1, der Dritte aus Abs. 3 strafbar ist (s. o. N. 5 b); vgl. z. B. RG. III 25. Feb. 80 E. 1 263, welches die Hervorhebung des Mitthäterschaftsverhältnisses mit Recht in dem Falle für überflüssig erachtet, wenn die Thätigkeit jedes Einzelnen verursachend wirkt;

b. die Schwangere ist Alleinthäterin aus Abs. 1, der Dritte Anstifter oder Gehülfe, nament. durch — unentgeltliche — Verschaffung der Mittel; so die GM., insbs.: RG. I 11. März 80 E. 1 270, Berlin 2. Dez. 74 St. 4 347; über Beihülfe zum versuchten Verbr. aus Abs. 1 vgl. noch unten N. 9 u. § 219 N. 3;

c. der Dritte ist Alleinthäter aus Abs. 3, die Schwangere jedenfalls Gehülfin, vielleicht auch Anstifterin; so auch Hälschner 2 70, der diesen Fall als die Regel, den zu a. als die Ausnahme ansieht, sowie Geyer 2 10.

Uebrigens kann selbstverständlich durchweg trotz strafb. Verhaltens des Dritten die in der einen oder anderen Weise bei der That betheiligte Schwangere selbst aus einem allgemeinen Schuld- oder Strafausschließungsgrunde straflos sein (s. o. N. 7); Rüd.-St. N. 5; vgl. auch cit. RG. 10. Apr. 80.

9) Die Tödtung der Leibesfrucht muß durch die Thätigkeit eines Dritten verursacht worden sein, wenn Abs. 3 Anwendung finden soll; die letztere muß daher jener zeitlich vorangehen, wodurch der Gebrauch der Perfektform („angewendet oder beigebracht hat") sich erklärt; vgl. § 151 N. 3. Es würde aber ebenso falsch sein, hieraus in diesem Falle den Ausschluß des Versuches (§ 43) zu folgern, als im Falle des § 211 (das. N. 8); vielmehr bildet die Verursachung der Tödtung der Leibesfrucht nur die Voraussetzung des vollendeten, nicht aber des versuchten Verbr.; dieses ist in der Weise denkbar, daß die vom Dritten bei der Schwangeren „angewendeten oder ihr beigebrachten Mittel" ohne den erwünschten Erfolg geblieben sind; so überwiegend die Theorie; aM.: RG. III 10. Apr., 1. Dez. 80, II

24. Juni 81, 10. Juni 90, I 28. März 87, E. 1 350, 3 163, 4 302, 21 14, 16 25, dem Rüd.-St. N. 8 u. Baumgarten Versuch S. 434 zustimmen; das cit. III 1. Dez. 80, welches ausführt, daß auch die Anstiftung u. Beihülfe zum Verbr. aus Abs. 3 die erfolgte Tödtung der Frucht voraussetzten, faßt die Entsch. Berlin 6. Juni 72 St. 1 347 seiner Ansicht entsprechend auf, allein mit Unrecht; denn das cit. Berlin besagt vielmehr, daß das Verbr. aus Abs. 3 „nicht ohne Rücksicht auf den eingetretenen Erfolg als vollendet zu betrachten sei", harmonirt also mit der oben vertretenen Meinung. Nach der abweichenden Ansicht des RG. würde, bei nicht gelungener Tödtung der Frucht, die Anwendung bzw. Beibringung der Mittel seitens eines Dritten nur als Beihülfe zum Versuch eines Verbr. aus Abs. 1 bestraft werden können; so das cit. RG. 24. Juni 81.

10) Wegen des Verhältnisses des § 218_3 zum § 222 vgl. das. N. 11_2.

Zu § 218. Strafe; Verjährung, Zuständigkeit. N. 11, 12.

11a) Für die Bestrafung des vollendeten Verbr., auf welches im Falle des Abs. 1 wie des Abs. 3 „dieselben Strafvorschriften" Anwendung finden (§ 49a N. 21_2), gilt Folgendes:

Die ordentliche Hauptstr. ist Zuchth. von 1—5 J. (§ 14_2).

Die für den Fall mild. Umst. (Th. 1 Abschn. 4 N. 13a ff.) angedrohte Strafe ist Gefängniß von 6 Mt.—5 J. (§ 16).

Als Nebenstrafe kann sowohl neben Zuchth. als auch neben Gef. nach § 32 VbbEN. erkannt werden.

b) Der Versuch (N. 9) wird nach den §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 bestraft.

12) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in zehn Jahren; wegen des Beginnes der Verjährung vgl. das. N. 9.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. § 73_2.

§. 219.

Mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer einer Schwangeren welche ihre Frucht abgetrieben oder getödtet hat, gegen Entgelt die Mittel hierzu verschafft, bei ihr angewendet oder ihr beigebracht hat.

PrStGB. (fehlt). Entw. I (fehlt), II § 214.

1) Wie § 218_3 (das. N. 6), so enthält auch § 219 den Thatbestand eines selbständigen, die vorsätzl. Tödtung einer Leibesfrucht begreifenden (vgl. deshalb § 218 N. 1—4) Verbr., dessen Thäter gleichfalls ein Dritter ist; so die GM., insbs.: RG. II 28. Juni 87 R. 9 387, Berlin 2. Dez. 74 St. 4 347. Der Thatbestand des § 219 zeigt jedoch gegenüber demjenigen des § 218_3, wie auch die Motive hervorheben, zwei Abweichungen.

a) Die erste Modifikation besteht darin, daß die Bestrafung auch auf denjenigen ausgedehnt wird, welcher der Schwangeren die Mittel zu der Abtreibung oder Tödtung nur „verschafft" hat. Das Verschaffen, wegen dessen Gegensatz zum „Beibringen" § 218 N. 8_3 zu vergleichen, setzt „eine Bemühung zur Erlangung allgemein nicht zugänglicher Stoffe oder ein heimliches Feilhalten voraus", weshalb die gegen Preis erfolgende Verabfolgung allgemein verkäuflicher Stoffe oder die Abholung eines bestellten Mittels seitens eines Dienstboten gegen Trinkgeld nicht unter § 219 fällt; v. Holtzendorff HH. 3 461 N. 16.

b) Die zweite Modifikation besteht darin, daß der Dritte seine Thätigkeit „gegen Entgelt" entwickelt. Die Motive identifiziren Entgelt mit der „Gewährung irgend eines Vermögensvortheiles" (so auch: v. Liszt S. 340, Rüd.-St. N. 2, v. Schwarze N. 3a, Horch Abtreibung S. 52); allein seiner Bedeutung nach braucht ein Entgelt nicht gerade ein Vermögensvortheil zu sein (Rubo N. 3) und wird darunter ein jeder materielle Vortheil, sei es Gewinn oder Nutzen, zu verstehen sein (vgl. §§ 133 N. 8, 180 N. 11a). Gleichgültig ist, ob das Entgelt vorher versprochen war oder nicht (Horch aO.); bagegen liegt eine Thätigkeit „gegen" Entgelt garnicht vor, wenn nachträglich ein weder versprochenes noch auch nur erwartetes Entgelt gewährt wird; v. Holtzendorff HH. 3 463 N. 20.

2) Andere Modifikationen des Thatbestandes sind nicht aufgestellt. So ist zu-

nächst, nach der erst im Entw. II erfolgten Aussonderung des Thatbestandes des § 219 aus demjenigen des § 218₃ sowie im Hinblick auf die ausdrückliche Aufnahme der Worte „ohne deren Wissen und Willen“ in den § 220, anzunehmen, daß die „Einwilligung der Schwangeren“ (§ 218 N. 7) gleichfalls vorausgesetzt werde; vgl. RG. I 13. Juli 87 E. **16** 184 u. Berlin 29. Nov. 78 O. **19** 549.

Aber auch dem Zwischensatz „welche ihre Frucht abgetrieben oder getödtet hat“ darf nicht die Bedeutung beigelegt werden, daß § 219 nothwendig die Herbeiführung des Erfolges durch die Schwangere selbst als Thäterin erfordere. Hiergegen sprechen nicht nur die in den Motiven klar niedergelegten Gründe, welche zur Aufstellung des besonderen Thatbestandes des § 219 geführt haben, sondern auch die widersinnige Konsequenz, daß, wenn die Schwangere nur Hülfe leistet, der Dritte gegen Entgelt Handelnde trotzdem nicht aus § 219, sondern nur aus § 218₃ strafbar sein würde. Man ist deshalb genöthigt, in jenem Zwischensatze eine — übrigens auch in der Fortlassung der Worte „im Mutterleibe“ vor „getödtet“ (vgl. auch § 220 N. 1) sich ausprägende — inkorrekte Fassung zu sehen, deren Sinn dahin geht, daß zwar dann, wenn der Dritte die Mittel gegen Entgelt nur „verschafft“ hat, die Schwangere selbst die tödtende Hdlg. vorgenommen haben muß, anderenfalls aber, wenn der Dritte die Mittel „bei der Schwangeren angewendet oder ihr beigebracht hat“, die Schwangere je nach Umständen als Mitthäterin oder nur als Gehülfin thätig geworden zu sein braucht, unbeschadet des Vorliegens besonderer die strafrechtliche Verantwortlichkeit ausschließender Gründe (§ 218 N. 8). So: RG. III 10. Apr. 80 E. **1** 350 (als selbständiges Delikt lasse es die verschiedenen Arten der Theiln. Anderer, auch der Schwangeren, zu), I 13. Juli 87 (s. o.; es solle mit dem Zwischensatze nur darauf hingewiesen werden, daß der wirklich eingetretene Erfolg als Voraussetzung des gegen § 218 erhöhten Strafsatzes anzusehen sei, — eine Auffassung, die wegen des u. N. 3 Bemerkten nicht völlig zutreffend erscheint), Hälschner 2 71 f. u. GS. **32** 599, H. Meyer S. 542, 545, Schütze S. 391 N. 9, Oppenh. N. 1. AM.: Berlin 29. Nov. 78 O. **19** 558, Geyer **2** 10, Rubo N. 2, auch v. Liszt S. 341 (die Mitwirkung der Schwangeren selbst solle unter keinen Umständen aus § 219 bestraft werden), ebenso v. Kries ZfStRW. **7** 537 (weil die Schwangere, als Thäterin der Hauptthat aus § 218₁, nicht noch wegen einer anderen Form der Betheiligung bestraft werden könne).

Es ergiebt sich hieraus, daß, wenn die Hdlg. des Dritten in der „Anwendung oder Beibringung der Mittel“ besteht, die „Entgeltlichkeit“ lediglich einen i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 straferhöh. Umst. des Verbr. aus § 218₃ bildet, daß folglich das Verhältniß des § 219 zum § 218₁ dasselbe ist wie dasjenige des Abs. 3 zu diesem (vgl. deshalb § 218 N. 8); RG. I 30. Mai 92 E. **23** 147. Bei der „Verschaffung“ dagegen dient — wie die GM. mit Recht annimmt — die Entgeltlichkeit dazu, eine bloße Beihülfehdlg. (vgl. § 218 N. 8 b) zu einer selbständigen Strafthat zu erheben; § 49 N. 29a. Unrichtig nimmt jedoch Berlin 2. Dez. 74 St. **4** 347 an, daß die Hdlgen aus § 219 an sich stets unter den Begriff der Beih. fielen.

3) Der Thatbestand des § 219 setzt, wie derjenige des § 218₃ (das. N. 9), für seine Vollendung — außer der erfolgten Gewährung des Entgelts — unzweifelhaft voraus, daß der Hdlg. des Dritten die Tödtung der Frucht folge; auch hier ist deshalb die Perfektform gebraucht (§ 151 N. 3). Hieraus kann jedoch ein Grund für die Ansicht, daß § 219 überhaupt garnicht in Frage komme, sobald die Tödtung der Leibesfrucht durch die vom Dritten verschafften xc. Mittel nicht gelungen sei, m. a. W., daß es einen nach § 43 strafb. Versuch aus § 219 nicht gebe, nicht entnommen werden. Eine solche abnorme Ansicht ist durch den Wortlaut des § 219 ebensowenig zu rechtfertigen wie in den Fällen des § 218₃ oder gar des § 211; auch die Worte der Motive „Voraussetzung der Bestrafung sei auch in diesem Falle, daß die Abtreibung durch die Mittel erfolgt sei“, bedingen diese Auslegung nicht; denn sie können sehr wohl so gedeutet werden, daß ein vollendetes Verbr. aus § 219 nur dann vorliege, wenn der beabsichtigte Erfolg erreicht wurde. Während aber die Strafbarkeit des Versuchs im Falle der „Anwendung o. Beibringung“ der Mittel gerade wie beim § 218₃ eintritt, bleibt bei einem bloßen Verschaffen der Mittel die Voraussetzung für seine Strafbarkeit, daß mit denselben auch der Versuch der Abtreibung gemacht sei, weil sonst

ein „Anfang der Ausführung" des Verbr. aus § 219 nicht vorliegen würde. So: Geyer **2** 10, Hälschner **2** 73 u. GS. **32** 600 f., H. Meyer S. 545, Rüdorff (2. Aufl.) N. 4, v. Schwarze N. 6. AM. die überwiegende M., insbs. **RG.** III 10. Apr. 80, II 24. Juni 81, E. **1** 350, **4** 302, Berlin 2. Dez. 74, 3. Feb. 75, 19. Sept. 78, St. **4** 347 f., O. **19** 424; konsequenterweise wird nach derselben die entgeltliche Verschaffung eines in concreto untauglich gewesenen Mittels nur als Beihülfe zum Versuche des Verbr. aus § 218_1 bestraft (so insbs.: **RG.** I 9. Feb. 80 E. **1** 194, II 24. Juni 81 [s. o.], Berlin 3. Feb. 75 St. **4** 348), und ferner Anstiftung sowie Beihülfe nur unter der Voraussetzung der wirklich erfolgten Tödtung der Frucht aus §§ 219, 48 bzw. 49 für strafbar erachtet (**RG.** III 1. Dez. 80 E. **3** 162).

4) Wegen des Verhältnisses zum § 222 vgl. das. N. 11_2.

5a) Die Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus von 1—10 J. (§ 14_2), neben welchem nach § 32 AbdER. erkannt werden kann.

b) Der Versuch (N. 3) wird nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 bestraft.

6) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in zehn Jahren; wegen des Beginnes der Verjährung vgl. das. N. 9.

Zuständig ist **SchwG.**; GVG. §§ 80, 73^{2-7}, 136^1.

§. 220.

Wer die Leibesfrucht einer Schwangeren ohne deren Wissen oder Willen vorsätzlich abtreibt oder tödtet, wird mit Zuchthaus nicht unter zwei Jahren bestraft.

Ist durch die Handlung der Tod der Schwangeren verursacht worden, so tritt Zuchthausstrafe nicht unter zehn Jahren oder lebenslängliche Zuchthausstrafe ein.

PrStGB. § 182. Entw. I § 192, II § 215.

1) Sowenig wie diejenige der §§ 218_3, 219 ist die Strafbestimmung des § 220 gegen die Schwangere selbst, sondern vielmehr gegen einen Dritten gerichtet; während aber in jenen Fällen (§§ 218 N. 7, 219 N. 2) die strafb. Thätigkeit des Dritten „mit Einwilligung der Schwangeren" geschah, geht § 220 davon aus, daß der Dritte „ohne deren Wissen oder Willen" thätig sei; **RG.** I 13. Juli 87 E. **16** 184, wo es jedoch korrekter statt „Gegenüberstellung des § 218_3 mit § 219 u. § 220" heißen müßte „der §§ 218_3, 219 mit § 220"). Die Hdlg. des Thäters ist deshalb hier ohne Weiteres als vorsätzliche Abtreibung oder Tödtung der Frucht bezeichnet, wobei die Worte „im Mutterleibe", wie im § 219 (das. N. 2), inkorrekter Weise weggelassen sind und somit einer Feststellung im nicht-schwurgerichtl. Verfahren nur im Falle angeregten Zweifels bedürfen. Die allg. Bemerkungen über vorsätzliche Tödtung einer Leibesfrucht (§ 218 N. 1—4) finden deshalb auch hier Anwendung; jedoch ist hervorzuheben, daß beim Nichtwissen der Schwangeren auch die vorsätzliche Erregung einer heftigen Gemüthsbewegung bei derselben als Mittel denkbar ist (§ 218 N. 3); so: H. Meyer S. 543, Rubo § 218 N. 10, Horch Abtreibung S. 44, welche auch die Anwendung eines „psychischen" Mittels für strafbar erachten; aM. v. Holtzendorff HH. **3** 458.

Aus der völlig selbständigen Natur des § 220 folgt, daß bei einer gegen einen Dritten wegen Beih. zu § 218_1 erhobenen Anklage in dem Falle, wenn das Verbr. der Schwangeren verneint wird, weil ihr der erforderliche Wille gefehlt habe, auch trotz festgestellter äußerer Gehülfenhdlg. dennoch nicht ohne Weiteres § 220 Anwendung finden kann; denn der auf die Unterstützung des Thäters gerichtete Wille deckt sich nicht mit dem auf die That als eigene gerichteten; **RG.** I 22. Nov. 88 E. **18** 229.

2) „Ohne Wissen oder Willen" der Schwangeren erfolgt die Tödtung der Leibesfrucht durch den Dritten, wenn jene von der Vornahme der verursachenden Hdlg. entweder nichts wußte oder dieselbe nicht wollte oder weder kannte noch wollte; hiernach greift § 220 namentl. auch Platz, wenn die Schwangere von der Abtreibung zwar Kenntniß hatte, dieselbe aber nicht wollte; so die GM. Ja es greift § 220 sogar dann Platz, wenn die Schwangere zwar die Abtreibung wollte, dennoch aber von der die Tödtung verursachen-

den Hdlg. selbst keine Kenntniß hatte. Wohnte ihr diese aber bei, so kommt es allerdings darauf nicht an, daß die Zustimmung — ihre Einwilligung — ausdrücklich erklärt wurde; Binding 1 722 (auch die unerklärte Zustimmung schließe die höhere Strafe aus), v. Schwarze N. 1 (das „Wissen" schließe auch die stillschweigende Zustimmung ein); vgl. auch Keßler GS. 38 569, die Alternative „Wissen o. Wollen" sei nur ein ungenauer Ausdruck für die Einwilligung, über deren Merkmale damit nichts gesagt sei. Es kommt aber darauf an, daß die Einwilligung nicht nur bezüglich der Abtreibung überhaupt, sondern bezüglich der Vornahme der konkreten abtreibenden Hdlg. selbst vorliegt.

„Ohne Wissen und Willen" geschieht übrigens die Abtreibung auch in dem Falle, wenn die Schwangere dem Dritten lediglich erlaubte, die Frucht lebend abzutreiben; Oppenh. N. 1, Horch Abtreibung S. 43.

„Ohne Willen" ist nicht gleichbedeutend mit „wider Willen" (vgl. §§ 236, 237, 370 [5]); zur Anwendung des § 220 genügt deshalb, daß die Einwilligung der Schwangeren fehle, dagegen ist nicht erforderlich, daß sie ihre Nichteinwilligung „ernstlich zu erkennen gegeben habe"; so: Schütze S. 391 N. 10, Oppenh. N. 1, Rubo N. 2; aM. Horch aO. S. 53.

Ist die Schwangere nicht zurechnungsfähig, so findet dennoch § 220 nicht unbedingt Anwendung (vgl. § 218 N. 7); Oppenh. N. 1.

Selbstverständlich bedarf der negative Umstand, daß die Abtreibung „ohne Wissen oder Willen" der Schwangeren geschehen sei, der Feststellung, da nur unter jener Voraussetzung § 220 Platz greift; so die GM.; aM. Oppenh. N. 2, der nicht § 220 als eine Verschärfung des § 218_3, sondern umgekehrt diesen als eine Milderung des § 220 ansieht und deshalb letzteren für zutreffend erachtet, „sobald die vorsätzliche Hdlg. selbst und nicht gleichzeitig Einwilligung der Schwangeren festgestellt worden."

3) Der Dolus soll nach Binding, Normen 2 517, der gewöhnliche Vorsatz der Abtreibung sein, ein gegen Leib oder Leben der Mutter gerichteter Gefährdungsvorsatz nicht hinzutreten, da der Gesetzgeber die Gefährdung nicht als wesentlich ansehe; auch das die Strafschärfung veranlassende Strafbarkeitsmerkmal sei nicht in der bestimmten Wissenschaft des Thäters zu finden, so daß § 220 selbst gegen denjenigen angewendet werden müsse, der gegen den Willen der Mutter abtreibe, während er ihre Zustimmung annahm. Die Motive machen dagegen gerade für die Schwere der Strafsanktion des § 220 den „so erheblichen und gefährlichen Eingriff in die Existenz einer anderen Person" geltend; der Thäter muß folglich das Bewußtsein eines solchen Eingriffs haben, und die Kenntniß davon, daß die Abtreibung „ohne Wissen oder Wollen der Schwangeren" erfolge, wird nicht nur nach § 59 zur Strafbarkeit aus § 220 erforderlich sein, sondern auch zum Dolus selbst gehören; v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 201.

4) Absatz 2 bezeichnet als einen straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 die „Verursachung des Todes der Schwangeren" (Th. I Abschn. 4 N. 3_2).

5) Während ein Versuch (§ 43) des Verbr. im Falle des Abs. 1 unbedingt denkbar ist, so im Falle des Abs. 2 begrifflich nur in der Weise, daß zwar die Tödtung der Frucht nicht gelang, wohl aber durch die Hdlg. der Tod der Mutter verursacht wurde, z. B. durch die Frühgeburt eines lebenden Kindes (§ 43 N. 5_2); so v. Liszt S. 341 u. Rüd.-St. N. 4, während Hälschner 2 75, v. Schwarze N. 2 u. Horch Abtreibung S. 54 hier vollendetes Verbr. annehmen; aM.: H. Meyer S. 544 N. 19, Oppenh. N. 5, Pfizer GS. 28 46, es liege Versuch des Verbr. aus Abs. 1 in Idealkonk. mit § 222 vor.

6) Idealk. (§ 73) mit den §§ 211 bzw. 212 ff. findet bei vorsätzl. Tödtung einer Schwangeren statt, falls Thäter deren Zustand kannte; so: Horch Abtreibung S. 42, 54, Oppenh. N. 5, Puchelt N. 5; aM.: v. Holtzendorff HH. 3 459 (weil die Hdlg. nicht unmittelbar gegen die Frucht gerichtet sei), v. Schwarze § 218 N. 10 (der Abortus als Folge einer dolosen Körperverlzg. komme nur als Strafzumessungsgrund in Betracht).

7a) Die Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist: im Falle des Abs. 1 Zuchthaus von 2—15 J., im Falle des Abs. 2 Zuchthaus und zwar wahlweise entweder zeitiges von 10—15 J. oder lebenslängliches (§ 14). Als Nebenstrafe kann durchweg nach § 32 VbbEN. erkannt werden.

b) Der Versuch (N. 5) wird nach §§ 44 (insbs. Abs. 4 bzw. 2), 45 bestraft, weshalb im Falle des Abs. 2 auf ZulvPolAuff. (§§ 38 ff.) erkannt werden kann; § 44 N. 4, 5.

8) Nach § 67, findet die Verjährung der Strafverfolgung des Verbr. aus Abs. 1 sowie des versuchten Verbr. aus Abs. 2 in funfzehn, diejenige des vollendeten Verbr. aus Abs. 2 in zwanzig Jahren statt (vgl. das. N. 2c). Wegen des Beginnes der Verjährung vgl. § 67 N. 9.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73²⁻⁷, 136¹.

§. 221.

Wer eine wegen jugendlichen Alters, Gebrechlichkeit oder Krankheit hülflose Person aussetzt, oder wer eine solche Person, wenn dieselbe unter seiner Obhut steht oder wenn er für die Unterbringung, Fortschaffung oder Aufnahme derselben zu sorgen hat, in hülfloser Lage vorsätzlich verläßt, wird mit Gefängniß nicht unter drei Monaten bestraft.

Wird die Handlung von leiblichen Eltern gegen ihr Kind begangen, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

Ist durch die Handlung eine schwere Körperverletzung der ausgesetzten oder verlassenen Person verursacht worden, so tritt Zuchthausstrafe bis zu zehn Jahren und, wenn durch die Handlung der Tod verursacht worden ist, Zuchthausstrafe nicht unter drei Jahren ein.

PrStGB. § 183. Entw. I § 193, II § 216. Aktenst. Nr. 85.

Zu § 221 Absatz 1. N. 1—8.

1) Objekt des Verbr. der sog. Aussetzung ist „eine wegen jugendlichen Alters, Gebrechlichkeit oder Krankheit hülflose Person". Eine aus einem anderen Grunde, z. B. wegen Fesselung, hülflose Person ist deshalb kein Objekt der Aussetzung. Andererseits kann aber auch gegen eine jugendliche, gebrechliche oder kranke Person nur insofern sie eben deshalb hülflos ist das Delikt der Aussetzung verübt werden; RG. I 9. Jan. 82, 21. Feb. 84, E. 5 393, 10 183, v. Schwarze GS. 24 56.

2) „Hülflos" ist im allgemeinen eine Person, welche ohne die Hülfe Dritter an Leib oder Leben gefährdet ist; ähnlich: Hälschner 2 77, v. Holtzendorff HH. 3 465 N. 5, Blum N. 4, Bruck Verbr. gg. d. Willensfrht. S. 72.

Demgemäß ist auch nach § 221 nicht schon an sich jede Person, welche in jugendl. Alter steht 2c., als hülflose Person anzusehen, sondern es wird vorausgesetzt, daß die verlassene Person so jung, gebrechlich oder krank sei, daß diese ihre Eigenschaft die Hülflosigkeit verursacht; RG. I 21. Feb. 84 E. 10 183.

3) Die einzelnen Gründe der Hülflosigkeit, hinsichtlich deren eine alternative Feststellung (§ 47 N. 29) für zulässig zu erachten ist, sind:

a) Jugendliches Alter; während dasselbe i. S. anderer Bestimmungen des StGB. (vgl. §§ 56 N. 2, 57 N. 19) mit einer bestimmten Altersgrenze abschließt, kann davon mit Rücksicht auf die Natur dieses Deliktes nicht die Rede sein (so auch die Motive), vielmehr ist lediglich mit Rücksicht auf die einzelne Individualität zu beurtheilen, ob eine Hülflosigkeit wegen „jugendlichen Alters" anzunehmen sei; die volle körperliche Entwickelung bildet aber der Natur der Sache nach die Grenze, bis wohin eine Hülflosigkeit aus dem gedachten Grunde angenommen werden kann (s. jedoch u. c). Willkürlich sind die Aufstellungen von Rubo N. 1, daß in einer verkehrsreichen Straße zwar ein Kind von fünf, nicht aber von sechs Jahren, sowie daß in einem weiten menschenleeren Walde eine Person von sechszehn Jahren nicht mehr als hülflos wegen jugendlichen Alters anzusehen sei.

b) Gebrechlichkeit; dieselbe kann namentl. auch durch Altersschwäche veranlaßt sein; v. Schwarze GS. 24 57.

c) Krankheit, d. h. ein pathologischer Zustand, der entweder überhaupt nicht oder nur durch einen längeren oder kürzeren Heilungsprozeß wieder beseitigt werden kann (Hälschner

2 84), und zwar nicht blos körperliche, sondern namentl. auch geistige Krankheit, wenn dieselbe ihrerseits, also trotz körperlicher Entwickelung (s. o. a), die Hülflosigkeit begründet. Als eine krankhafte Störung der Geistesthätigkeit (Casper-Liman Gerichtl. Medizin 1 633, v. Krafft-Ebing Psychopathologie 2. Aufl. S. 276 ff.) kann auch schwere, insbs. bis zur Bewußtlosigkeit gesteigerte, Trunkenheit eine Hülflosigkeit „wegen Krankheit" begründen; so: RG. I 9. Jan. 82 E. 5 393, Dresden 20. März 71 St. 1 51, Hälschner 2 77, v. Liszt S. 333, H. Meyer S. 547, Schütze S. 393 N. 14, 444 N. 6, Oppenh. N. 2, Rüd.-St. N. 3, v. Schwarze aO.; aM.: Geyer 2 11, Merkel HRl. „Auss. Hülfsb."; zweifelhaft ist v. Holtzendorff HH. 3 465 N. 6.

4) Die beiden Mischthatbestände des Abs. 1 bestehen darin, daß der Thäter eine Person der in N. 1—3 charakterisirten Beschaffenheit entweder „aussetzt" oder „in hülfloser Lage vorsätzlich verläßt", letzteres unter gewissen, unten N. 6 bezeichneten Voraussetzungen. Aus dieser Nebeneinander- bzw. Gegenüberstellung erhellt, daß dem „Verlassen in hülfloser Lage" offenbar ein „Aussetzen in hülfloser Lage" entspricht, eine Wendung, welche auch im § 234 gebraucht wird; v. Schwarze GS. 24 54. Eine „Aussetzung" i. S. des § 221 liegt demnach nicht vor, wenn nicht derjenige, gegen den die Handlung sich richtet, durch dieselbe in eine „hülflose Lage" geräth; so die GM., insbs.: RG. III 21. Apr. 80 E. 2 15, Dresden 23. Mai 73 St. 3 113; aM. Villnow G. 24 116.

Wann eine „hülflose Lage" anzunehmen sei, ergiebt sich nach dem oben N. 2 Bemerkten von selbst, dann nämlich, wenn die hülflose Person derartig isolirt wird, daß sie, vom Zufall abgesehen, von der für sie nöthigen Hülfe dritter Personen abgeschnitten und deshalb an Leben oder Gesundheit gefährdet ist; so: RG. II 27. Jan. 82 R. 4 78, I 23. Okt. 82 E. 7 111, Dresden 23. Mai 73 St. 3 113, v. Liszt S. 334, Merkel S. 302, v. Schwarze aO. S. 64, Villnow aO. S. 117.

Erst durch die Herbeiführung einer solchen „hülflosen Lage" wird nach dem oben Gesagten eine aus § 221 strafb. Hdlg. vollendet; so: RG. II 24. Apr. 85 R. 7 250 (das Verg. sei somit ausgeschlossen, so lange die Absicht auf Leistung der Fürsorge fortbestehe und sich zu bethätigen vermöge), v. Holtzendorff HH. 3 468 N. 12, Schütze S. 394, v. Schwarze N. 13 u. aO. S. 65. Andererseits genügt die hierin liegende Gefährdung zur Vollendung, während irgend welcher Nachtheil nicht erforderlich ist; v. Holtzendorff aO.

Fehlt der ursächliche Zusammenhang zwischen der Hdlg. des Aussetzens bzw. Verlassens einerseits und der Gefährdung andererseits, so liegt der Thatbestand nicht vor. Deshalb namentl. nicht, wenn die hülflose Lage erst durch eine spätere Hdlg., z. B. durch Unterlassung der Uebersendung weiterer Subsistenzmittel seitens des Ehemannes, der seine Familie unter Veränderung seines Aufenthaltsortes verlassen, entstanden ist; RG. I 21. Feb. 84 E. 10 183. Ferner nicht, wenn die Gefährdung schon früher bestand, also z. B. wenn der ernährungsunfähige Familienvater seine bereits im Elend befindliche Familie verläßt; Merkel S. 302.

5) Der erste Mischthatbestand des „Aussetzens" erfordert begrifflich eine vorsätzliche positive Thätigkeit, durch welche die hülflose Person aus ihrem bisherigen Zustande in einen anderen — und zwar einen hülflosen (N. 4) — versetzt wird; so: RG. I 23. Okt. 82 E. 7 111, v. Liszt S. 334. Bei diesem Thatbestande ist folglich eine bestehende rechtliche Verpflichtung des Thäters zum Schutz oder zur Fürsorge kein Erforderniß.

6) Voraussetzung des zweiten der Mischthatbestände des Abs. 1 ist entweder, daß die hülflose Person „unter Obhut des Thäters stehe", oder daß „der Thäter für die Unterbringung, Fortschaffung oder Aufnahme der hülflosen Person zu sorgen habe".

a) „Unter Obhut (§ 174 N. 16b) Stehen" umfaßt im Unterschiede von „Zur Obhut Anvertrauen" (das. N. 16c) auch dasjenige Verhältniß der hülflosen Person zum Thäter, in welchem diese nicht in Folge eines besonderen Vertrauensaktes, sondern aus einer natürlichen Verpflichtung unter dem Schutze des letzteren sich befindet; immerhin aber wird es um ein rechtliches Schutzverhältniß sich handeln müssen und genügt ein rein moralisches — also auch ein rein faktisches — nicht; liegt aber ein rechtliches Verhältniß vor, so ist gleichgültig, ob die Verpflichtung vom Thäter freiwillig bzw. in wohlwollender Absicht übernommen war oder nicht. So: Geyer 2 12, Puchelt N. 3, Rubo N. 2, v. Schwarze N. 5 u. GS. 24 57. AM.: Hälschner 2 79, v. Liszt S. 334, Merkel S. 302 u. HRl. „Auss. Hülfsb.",

H. Meyer S. 547, Schütze S. 393 N. 15, Oppenh. N. 5 u. Rüd.-St. N. 5, die eine blos „faktische Uebernahme der Obhut", eine „Verpflichtung ex re" für ausreichend erachten; so auch gelegentlich das den § 222 btr. RG. III 21. März 88 E. 17 260 (die Pflicht zur Fortsetzung der Pflege 2c. habe unabhängig von der verabredeten Vertragsdauer auf Grund des durch den Vertrag und die einmal übernommene Obhut über eine hülflose Person vom Angekl. thatsächlich geschaffenen Rechtszustandes bestanden). Daß übrigens eine vertragsmäßige Uebernahme der Obhut genüge, wird nicht nur hier anerkannt, sondern auch von RG. II 17. Apr. 83 E. 8 205 (btr. vertragsmäßige Uebernahme der Ueberführung eines Hülflosen in eine Heilanstalt, selbst bei Weigerung desselben); aM. jedoch Holtzendorff HH. 3 467, der den Bruch eines einfachen civilrechtl. Kontraktverhältnisses, z. B. seitens eines engagirten Krankenwärters, nicht für genügend erachtet.

b) Ein „Zusorgenhaben für Unterbringung, Fortschaffung oder Aufnahme" ist gleichfalls, wie im Falle zu a, nur bei einer rechtlichen Verpflichtung anzunehmen; so namentl. v. Schwarze aO., Rubo N. 3 u. hier auch Hälschner 2 80; vgl. ferner die Motive „gesetzlich oder aus irgend einem anderen Grunde".

7) Das „Verlassen" in hülfloser Lage, an sich auch fahrlässiger Weise denkbar und deshalb ausdrücklich als „vorsätzliches" charakterisirt (Goltd. Mat. 2 394), bezeichnet seinem Wesen nach das Aufgeben einer bereits bestehenden Beziehung, so daß ein „Nichtaufnehmen" nicht darunter fallen kann; so: Merkel HRl. „Ausf. Hülfsb.", v. Holtzendorff HH. 3 466; aM.: Hälschner 2 80 N. 3, Oppenh. N. 5. Ein räumliches Verlassen der hülflosen Person seitens des Thäters ist deshalb um so weniger erforderlich, als es sich um eine Zuwiderhdlg. gegen das Gebot zur Leistung der Obhut und Sorge handelt, also um ein echtes Unterlassungsdelikt (§ 1 N. 3a; vgl. v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 141, ferner ebenso Hälschner 2 80 für den o. zu 6b bezeichneten Fall sowie Merkel S. 302 für den Fall einer gesetzmäßig auferlegten Obsorge); die Zuwiderhdlg. kann begangen werden durch eine Hdlg. — das räumliche Verlassen — aber auch durch ein negatives Verhalten, das namentlich auch dann genügen kann, wenn nicht der Thäter die hülflose Person verläßt, sondern umgekehrt diese von jenem sich entfernt; so: Dresden 8. Nov. 75 St. 6 231 (in concreto jedoch unrichtig, weil die zwischen den Eheleuten bestehende Beziehung keineswegs aufgegeben, sondern nur in mangelhafter Weise unterhalten worden war), Hälschner 2 77, H. Meyer S. 547, v. Schwarze N. 8 u. GS. 24 54, 61; aM.: RG. II 12. Juni 83, I 21. Feb. 84, E. 8 343, 10 183 (zum „Verlassen" bedürfe es einer Thätigkeit, welche eine Aenderung der örtl. Beziehungen zwischen dem Hülflosen und dem Verpflichteten derart herbeiführe, daß nicht mehr der bloße Wille des Verpflichteten die Möglichkeit der Hülfe ausschließe), Geyer 2 12, v. Liszt S. 331, Blum N. 6, Oppenh. N. 6, Rubo N. 5, Landsberg Kommissivdel. S. 204.

8) Ein vorsätzliches Handeln erfordern beide Mischthatbestände, das „Aussetzen" begrifflich, das „Verlassen in hülfloser Lage" nach ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes (N. 7).

Der Vorsatz ist nicht auf eine Verletzung, sondern nur auf eine Gefährdung gerichtet (N. 4_3); deshalb ist aber das Bewußtsein des Thäters, daß durch seine Hdlg. die hülflose Person an Leib oder Leben gefährdet werde, zum Dolus erforderlich; so die GM., insbs.: RG. I 23. Okt. 82 E. 7 111 (das den Gefährdungsvorsatz mit Recht verneint, wenn der Thäter bis zur etwaigen Aufnahme des Kindes in beobachtender Stellung warten u. ev. dasselbe in seinen Schutz zurücknehmen will), Dresden 11. Dez. 71, Berlin OAG. 22. Nov. 73, St. 1 279, 3 194, Binding 1 724, Normen 2 522, 524 N. 750, Merkel S. 302, v. Schwarze N. 2 u. GS. 24 53, 64. Auch v. Buri, GS. 27 553, 29 Beilageh. S. 204, verkennt den Gefährdungsvorsatz nicht; er findet aber den Charakter des Deliktes „in der rechtswidrigen Disposition über einen Menschen durch widerrechtliche Auflösung eines bereits rechtlich bestehenden Verhältnisses der Abhängigkeit" (welches jedoch im Falle des ersten Mischthatbestandes keineswegs vorzuliegen braucht) und will deshalb dem Delikte seinen Platz im Abschn. 18 anweisen.

Das Motiv des Thäters ist dagegen für den Thatbestand einflußlos; Wahlberg HRl. „Aerztl. Verbr.".

Zu § 221 Absatz 2 u. 3. N. 9—11.

9) Die Absätze 2 u. 3 enthalten straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295, von denen die beiden des Abs. 3 die Hdlg. zu einem Verbrechen erheben.

10) Im Falle des Abs. 2 liegt der straferhöh. Umst. in dem nahen Verhältnisse des Subjekts zum Objekte, indem die Hdlg. von den „leiblichen Eltern" gegen ihr „Kind" begangen sein muß. Die Hinzufügung des Adjektives schließt jeden Zweifel über die Bedeutung von „Eltern" — einer auch hier nur der Kürze halber gebrauchten Kollektivbezeichnung (§ 182 N. 4_3) — nach der Richtung aus, daß Stief- und Schwieger- sowie Adoptiv- bzw. Pflegeeltern nicht darunter begriffen sind; wenn aber v. Schwarze N. 12 darunter auch die mit der Pflege der Enkel betrauten Großeltern versteht, so läßt er außer Acht, daß das StGB. überall, wo es diese mit umfassen will, sich des Ausdrucks „Verwandte aufsteigender Linie" bedient; vgl. § 181 N. 4a α. Dem Worte „Kinder" ist eine nähere Bezeichnung nicht beigefügt; man wird deshalb einen Unterschied je nach dem Grunde der Hülflosigkeit in das Gesetz nicht hineintragen und dasselbe nicht ausschließlich auf Kinder im jugendlichen Alter beziehen dürfen, obgleich bei dem Mangel einer gleichen Straffschärfung, falls die Hdlg. von „leiblichen Kindern gegen ihre Eltern" begangen wird, das gesetzgeberische Motiv dafür spricht.

11) Im Abs. 3 werden zwei straferhöh. Umst. aufgestellt, nämlich „die Verursachung einer schweren Körperverletzung oder des Todes" der ausgesetzten bzw. verlassenen Person. Der Gebrauch des Ausdrucks „verursacht" stellt außer Zweifel, daß die Folge vom Thäter auch nicht einmal eventuell beabsichtigt worden sein dürfe (vgl. Th. I Abschn. 4 N. 3_2); so: Binding Normen **2** 523, v. Liszt S. 335, Oppenh. N. 13, v. Schwarze GS. **24** 66; aM. jedoch Baumgarten Versuch S. 430. Selbst die von der RTkommission, in Abweichung von der Redaktionsregel, daß eine Vorcitation zu vermeiden sei (vgl. Rubo S. 89, 267), offenbar im Hinblick auf die §§ 224, 227 (so auch Rüd.-St. N. 9 u. v. Schwarze N. 17) vorgenommene Substitution von „schwerer Körperverletzung" statt der im Entw. vorgeschlagenen Worte „erheblicher Nachtheil für die Gesundheit" vermag diese Auffassung nicht zu beeinträchtigen; vgl. § 224 N. 1.

Versuch; Verhältniß zu anderen §§.; Strafe; Verjährung, Zuständigkeit. N. 12—15.

12) Ein Versuch des Verg. aus Abs. 1, 2 ist nicht für strafbar erklärt (§ 43_2), doch kann möglicher Weise Bestrafung aus §§ 234, 43 eintreten; v. Schwarze N. 14 u. GS. **24** 55.

Ein Versuch des Verbr. aus Abs. 3 ist nicht ausgeschlossen, wie H. Meyer S. 548 u. v. Schwarze N. 13 annehmen, vielmehr in der Weise denkbar, daß durch eine nicht vollendete Aussetzung bereits eine der im Abs. 3 gedachten Folgen eintritt (§ 220 N. 5); v. Liszt S. 335.

13 a) Das Verhältniß des § 221 zu anderen §§. betreffend, so schließt zunächst der Thatbestand der auf vorsätzl. Tödtung o. Körperverlzg. gerichteten Delikte denjenigen des § 221 aus; denn dort ist ein Verletzungs- (§§ 211 N. 3, 223 N. 11), hier ein Gefährdungsvorsatz (N. 8) erforderlich, die beide wegen ihrer Richtung auf dasselbe Objekt (Leib oder Leben eines Dritten) mit einander vereinbar sind. So: Berlin OAG. 22. Nov. 73 St. **3** 194 (Kindesmord und Aussetzung könnten nicht in Idealkonk. treten), Binding **1** 359 u. Normen **2** 522 N. 749 (bei Subsidiarität der Strafgesetze in Folge Subsidiarität der Normen; vgl. § 73 N. 13b α), Hälschner **2** 81, v. Liszt S. 334, v. Wächter S. 201 N. 3, Habermaas Idealkonk. S. 47. AM. außer den Motiven: H. Meyer S. 491 N. 26, Schütze S. 394 N. 16, F. Meyer N. 7, Oppenh. N. 13, Rubo N. 9, Rüd.-St. N. 10, bezügl. der Körperverlzgen v. Buri GS. **29** Beilageh. S. 204.

b) Idealkonk. (§ 73) ist möglich mit § 169 (das. N. 7); **RG.** I 7. Feb. 84 E. **10** 86, Binding Normen **2** 523 N. 749, Reis Personenstdsflschg. S. 97.

14) Die Strafe ist im Falle des Abs. 1 Gefängniß von 3 Mt., im Falle des Abs. 2 von 6 Mt.—5 J. (§ 16).

Die Hauptstrafe des vollendeten Verbr. aus Abs. 3 ist Zuchthaus, und zwar des einf. Verbr. von 1—10 J., des qualifizirten von 3—15 J. (§ 14_2), neben welchem

nach § 32 VdbEN. erkannt werden kann. Der Versuch des Verbr. (N. 12_3) wird nach den §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 bestraft.

15) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 bei den Vergehen aus Abs. 1 u. 2 in fünf, nach § 67_1 bei dem einf. Verbr. aus Abs. 3 in zehn, bei dem qualif. in funfzehn Jahren. Die Verjährung beginnt mit der Vollendung des die strafb. Hdlg. abschließenden Aktes der Aussetzung (§ 234) bzw. des Verlassens in hülfloser Lage, ohne Rücksicht auf den Eintritt des im Abs. 3 gedachten Erfolges; § 67 N. 9.

Zuständig ist: wegen der Verg. (Abs. 1, 2) **Strafk.**; GVG. §§ 73[1], 27;
wegen des Verbr. (Abs. 3) **SchwG.**; GVG. §§ 80, 73[2-7], 136[1].

§. 222.

Wer durch Fahrlässigkeit den Tod eines Menschen verursacht, wird mit Gefängniß bis zu drei Jahren bestraft.

Wenn der Thäter zu der Aufmerksamkeit, welche er aus den Augen setzte, vermöge seines Amtes, Berufes oder Gewerbes besonders verpflichtet war, so kann die Strafe bis auf fünf Jahre Gefängniß erhöht werden.

PrStGB. § 184. Entw. I § 194, II § 217. StB. S. 661—663.

Zu § 222 Absatz 1. N. 1—6.

1) Das Objekt der fahrlässigen Tödtung ist dasselbe wie dasjenige der vorsätzlichen Tödtungsdelikte; vgl. deshalb § 211 N. 1. Fahrl. Tödtung ist demgemäß auch an einem Scheintodten möglich (v. Holtzendorff HH. **3** 414), namentl. aber auch an einem Kinde in oder gleich nach der Geburt (so die GM., insbs. **RG.** II 8. Juni 80, 17. Juni 81, **E. 1** 446, **4** 290; aM. Merkel HRl. „Kindesmord"), dagegen nicht an einer aus dem Mutterleibe noch mit keinem Theile herausgetretenen Leibesfrucht; (aM. jedoch das § 211 N. 1_1 cit. **RG.** I 29. Sept. 83).

2) Die Verursachung der Tödtung ist nach den allgemeinen Grundsätzen über Verursachung zu beurtheilen (vgl. Th. I Abschn. 3 N. 2); nach diesen begründet es keinen Unterschied, ob durch die Hdlg. der Tod des Anderen sofort erfolgte oder ob durch die Hdlg. zunächst die Körperverltzg. eines Anderen und durch diese demnächst der Tod des Verletzten verursacht wurde (vgl. § 230 N. 2). Verneinung einer Verursachung bzw. Mitverursachung hat zu erfolgen, wenn der konkrete Erfolg auch ohne die betreffende Hdlg. eingetreten wäre; **RG.** III 20. Dez. 86 **E. 15** 151 (btr. eines Falles, wo der Angekl. — ein Apotheker — eine giftige Medizin zwar ohne Anordnung des Arztes wiederholt verabfolgt hatte, auch zweifellos der Gifttod des Kindes eingetreten, dagegen nicht festgestellt war, ob nicht auch bei pflichtmäßigem Handeln des Angekl. die Erneuerung der Arzenei sich vollzogen haben und von demselben Erfolge begleitet gewesen sein würde).

Ist nach den allgemeinen Grundsätzen die Verursachung des Todes eines Menschen seitens eines Dritten, sei es durch eine Handlung oder, soweit eine Verpflichtung zum Handeln bestand, durch eine Unterlassung (vgl. hierüber, insbs. falls die Rechtspflicht ausschließlich auf einer strafrechtl. Norm beruht, **RG.** III 21. März 88 **E. 17** 260) anzunehmen, so kommt es weder darauf an, ob der Getödtete vermöge seines Körperzustandes auch ohne jene möglicher Weise in einem nahen Zeitpunkte gestorben wäre (§ 211 N. 1_4), noch ob die Möglichkeit vorlag, daß bei anderer Behandlung der Eintritt des Todes habe verhütet werden können; **RG.** I 2. Juni, II 25. Okt. 81, **E. 4** 243, **R. 3** 641. So wurde fahrl. Tödtung angenommen bei der Beschleunigung des Todes eines Kranken, obschon der tödtliche Ausgang der Krankheit unabwendbar war; **RG.** II 18. Sept. 88 **R. 10** 493.

Nicht außer Acht zu lassen ist, daß fast jeder Erfolg das Produkt verschiedener Faktoren ist; war aber die Thätigkeit des Angeklagten derjenige Faktor, welchem die Tödtung überwiegend zugeschrieben werden mußte, so ist eben die letztere durch jene Thätigkeit verursacht worden (vgl. Berlin 22. Sept. 71 **St. 1** 152) und treten alsdann konkurrirende die Tödtung mitbedingende Umstände, welche rein objektiver Natur sein oder auch in einer straflosen oder strafb. Hdlg. Dritter, namentl. des Verletzten, bestehen können (N. 6), für

die Frage des Kausalzusammenhanges zurück; vgl. in dieser Beziehung aus der Praxis des RG.: III 28. Sept. 81 (btr. § 224), 18. Dez. 82, E. 5 29, 7 332 (Verlust des Sehvermögens in Folge eines Schlages unter einem mitbedingenden scrophulösen Leiden; Selbstentleibung eines Geisteskranken als fahrl. Tödtung seitens des Wärters), I 26. März 88 R. 10 268 (btr. § 230; Beförderung eines bereits bestehenden Augenübels, das ohnehin zur Erblindung geführt hätte, durch verkehrte Behandlung) und letzterem ähnlich das o. cit. II 18. Sept. (Beschleunigung des Todes); ferner: Mannheim 20. Dez. 73 St. 3 328 (mitwirkende Bedingung: die durch schlechte Nahrung geschwächte Leibesbeschaffenheit des Verletzten), Berlin 23. Juni 71, 1. Feb. 72, O. 12 346, 13 110. Es können aber auch mehrere Umstände derartig zusammentreffen, daß entweder bereits jeder einzelne die Tödtung verursacht haben würde, oder umgekehrt die Tödtung nicht durch einen einzelnen, sondern nur durch das Zusammentreffen jener Umstände verursacht wird. Handelt es sich um das Zusammentreffen der Thätigkeit mehrerer Personen, so hat im ersten Falle jede Person die Tödtung verursacht, während im zweiten Falle die Tödtung keiner zugeschrieben werden kann, es sei denn, daß die Grundsätze der Mitthäterschaft oder Spezialvorschriften (§ 227$_2$) Platz griffen.

Entscheidend kann hiernach immer nur die konkrete Gestalt des Falles sein; vgl. auch Berlin 22. Okt. 74, 9. Feb. 75, O. 15 703, 16 110 (beide btr. § 224), in denen der Vorderrichter zu einer Klarheit darüber, was die Ursache der Tödtung gewesen, nicht gelangt war. Der Umstand, daß eine, wenn auch vielleicht rechtswidrige, Hdlg. oder Unterlssg. die Tödtung eines Menschen hätte bewirken können, begründet keineswegs den Thatbestand des § 222, falls nicht die wirklich eingetretene Tödtung durch jene Hdlg. verursacht worden war; Berlin 7. Juni 77 O. 18 370 (in einem Bergwerke war die Verzimmerung eines Stollens unterlassen worden; ein Arbeiter wurde durch den Einsturz desselben getödtet, eine Verursachung jedoch deshalb verneint, weil der Arbeiter in dem Stollen nichts zu thun, vielmehr seinen ihm ausdrücklich angewiesenen Platz eigenmächtig verlassen hatte).

Im Zusammenhalt mit dem in N. 1 über das Objekt Bemerkten ergiebt sich, daß die fahrl. Abtreibung auch dann nicht strafbar ist, falls das lebend geborene Kind in Folge der gedachten Hdlg. nach der Geburt stirbt, denn während es zunächst an einem geeigneten Objekte fehlt, so demnächst an einer die Tödtung des Kindes verursachenden Hdlg.; so die GM.; aM. Schütze S. 380 N. 4, 382 N. 10.

In der Beihülfe zum Selbstmorde kann niemals die Verursachung des Todes eines Dritten gesehen werden, da der Selbstmörder die verursachende Hdlg. stets selbst begehen muß, mag auch die geleistete Beihülfe eine der konkurrirenden Bedingungen des Todes gewesen sein; vgl. § 211 N. 2$_2$.

3) Wird der Kausalzusammenhang (N. 2) nicht festgestellt, so ist eine etwa doch vorliegende Fahrlässigkeit den Thatbestand eines fahrl. Tödtungsverbrechens zu begründen außer Stande (RG. I 7. März 89 E. 19 204), wird dagegen die Frage nach der Verursachung der Tödtung eines Menschen durch eine Hdlg. des Thäters bejaht, so bedarf es einer weiteren Prüfung, ob auf Seiten desselben Fahrlässigkeit vorgelegen habe; RG. II 25. Okt., I 1. Dez. 81, R. 3 641, 757, Berner S. 496, Schütze S. 381, insbs. N. 9.

Wegen des Begriffs der Fahrlässigkeit vgl. § 59 N. 17. Nach demselben ist die nichtdolose Nichterfüllung einer amtlichen Pflicht keineswegs unbedingt fahrlässig; kollidiren amtliche Pflichten derartig mit einander, daß ihre gleichzeitige Erfüllung unmöglich ist, so fragt es sich, welche der Pflichten nach den bestehenden Instruktionen oder nach den gegebenen Verhältnissen und der Natur der Sache vor der anderen zu erfüllen war (RG. III 22. Dez. 80 R. 2 658); gerade die Erfüllung der weniger wichtigen Pflicht und die dadurch gebotene Vernachlässigung der höheren würde unter Umständen als Fahrlässigkeit angerechnet werden müssen.

Fahrlässigkeit kann insbs. darin bestehen — und dieser Fall ist besonders häufig —, daß der Thäter unter Außerachtlassung der schuldigen Aufmerksamkeit das zu thun unterlassen hat, was er zu thun verpflichtet war (vgl. RG. II 6. Nov. 85 R. 7 638); die Fahrlässigkt. kann namentl. bestehen in der unterlassenen Kontrolle beauftragter Personen, doch hat RG. I 7. März 89 E. 19 204 mit Recht ausgesprochen, daß es eine allgemeine, unter allen Umständen vorliegende Pflicht des Auftraggebers zur unausgesetzten Kontrol-

lirung und Nachprüfung der Arbeiten seiner Beauftragten vom strafrechtl. Standpunkte aus nicht gebe, daß er vielmehr für fahrl. Hdlgen derselben nur verantwortlich sei, wenn ihm selbst eine mit denselben in kausalem Zusammenhange stehende fahrl. Verschuldung zur Last falle, wie namentl. bei culpa in eligendo. Die Fahrlässigkeit kann aber auch durch eine an sich vorsätzliche Handlung begangen werden und zwar mit Rücksicht auf eine verursachte, aber nicht beabsichtigte Folge; Berlin 19. März 73 O. **14** 212 (im konkreten Falle war Körperverltzg. mit tödtl. Erfolge anzunehmen); vgl. jedoch § 226 N. 2.

Ob eine Hdlg. oder Unterlssg. mit Rücksicht auf die derselben regelmäßig beiwohnende Gefährlichkeit durch Gesetz o. Verordnung verboten worden ist, entscheidet nicht über das Vorhandensein der Fahrlässigkeit im konkreten Falle; weder liegt bei einer gegen ein bestehendes Verbot verstoßenden Hdlg. immer Fahrlässigkeit vor, noch ist umgekehrt Fahrlässigkeit deshalb zu verneinen, weil ein solches Verbot nicht besteht; **RG.** III 15. Feb. 82 E. **6** **41**, v. Prittwitz G. **30** 156. Ebensowenig schließt aber der Mangel einer die Vornahme einer gewissen Hdlg. gebietenden gesetzlichen Vorschrift das Vorhandensein einer Fahrlässigkeit aus; **RG.** II 19. Okt. 86 E. **14** 362 (Mangel einer gültigen Polizeivorschrift über Treppenbeleuchtung). Jedoch ist selbst im Falle der Ertheilung der nach der GewerbeO. erforderlichen behördlichen Genehmigung zu einer gewerblichen Anlage der Unternehmer mit Rücksicht auf § 120_3 das. nicht gegen den Vorwurf, die Herstellung einer Schutzvorrichtung fahrlässig unterlassen zu haben, gedeckt; **RG.** IV 3. Juli 88 E. **18** 73.

4) Aber auch eine Verursachung des Todes durch den Thäter und eine bei seiner Handlung konkurrirende Fahrlässigkeit erfüllt den Thatbestand des § 222 nicht, vielmehr muß der Tod gerade „durch Fahrlässigkeit verursacht" worden sein; dazu ist jedoch erforderlich, daß der Thäter bei Anwendung der gewöhnlichen Sorgfalt und Vorsicht den eingetretenen Erfolg als mögliche Folge voraussehen konnte, und genügt ohne diese Voraussetzung nicht, daß er bei der den Tod verursachenden Hdlg. im allgemeinen unvorsichtig handelte (so: **RG.** I 2. Dez. 80, II 2. Mai 82, E. **3** 208, **6** 249, IV 18., 25. Jan. 87, R. **9** 63, 64 [s. § 59 N. 17], Berlin 22. Sept. 71, 14. März 72, Mannheim 27. Jan. 73, St. **1** 152, **2** 51, 276), bzw. daß er in fahrlässiger Unkenntniß oder unter Nichtbeobachtung einer Polizeivorschrift gehandelt habe (cit. **RG.** 2. Dez. 80, Berlin 9. Apr. 75 O. **16** 279). Da aber das Gesetz dieses subjektive Schuldmoment nicht ausdrücklich erwähnt, so ist der Richter prozessualisch zur ausdrücklichen Feststellung der Voraussehbarkeit nur im Falle des Bestreitens seitens des Angekl. verpflichtet; citt. **RG.** 2. Mai 82, 25. Jan. 87. Dagegen muß aus der Urtheilsbegründung hervorgehen, daß der Richter der Nothwendigkeit der Prüfung jenes subjektiven Momentes sich bewußt gewesen, wenn nicht Aufhebung wegen materieller Rechtsverletzung erfolgen soll; cit. **RG.** 25. Jan. 87.

Zur Annahme einer Verursachung „durch" die Fahrlässigkeit des Thäters ist aber nicht nothwendig, daß in der Kausalitätsreihe zwischen dem verantwortlichen Thun und Lassen und dem Erfolge die wirksam gewordenen ursachlichen Zwischenereignisse sich objektiv feststellen lassen, wenn nur der Zusammenhang zwischen verursachender Hdlg. und schädigendem Erfolge im wesentlichen erkennbar ist, derartig daß an der geschlossenen Einheit der Kette sich kausal bedingender Ereignisse nicht gezweifelt zu werden braucht; so **RG.** III 29. März 82 E. **6** 146 (btr. § 309). Die Vorhersehbarkeit des Erfolges darf nicht ausschließlich von dem Gesichtspunkte aus geprüft werden, ob der Thäter die konkrete Art und Weise der Herbeiführung des rechtsverletzenden Erfolges voraussehen konnte; denn da für die gegen ein fahrl. Verhalten gerichteten Rechtsnormen lediglich der allgemeine Rechtsschutz in seiner generellen, gewisse Kategorieen von Rechtsgütern umfassenden Absicht von Bedeutung ist, so ist bei thatsächlicher Verursachung der betreffenden Rechtsverletzung durch einen unvorsichtig Handelnden hinsichtlich der Voraussehbarkeit lediglich zu untersuchen, ob das konkrete Ereigniß seiner allgemeinen Beschaffenheit nach in die Kategorie der vorhersehbaren und deshalb vermeidlichen Ereignisse hineinfällt; **RG.** I 23. März 82 (btr. § 230) R. **4** 271, III 14. Feb. 87 (btr. § 347_2), 18. Feb. 89 (btr. § 230), E. **15** 345, **19** 51.

5a) Eine Verursachung des Todes (bzw. einer Körperverltzg.; § 230) eines Menschen durch Fahrlässigkeit ist beispielsweise in der Praxis angenommen:

bei Vernachlässigung der Vorbereitungen für eine Geburt seitens der Mutter; Berlin 10. März 75 O. **16** 219;

bei Verabsäumung der genügenden Verwahrung eines Brunnens seitens des thatsächlichen Verwalters eines Grundstückes; RG. I 23. Feb. 82 E. **6** 64, Berlin 29. Sept. 71 St. **1** 174;

ferner namentl. häufig in Fällen der Ausübung einzelner Berufsthätigkeiten, insbesondere durch Begehung sog. Kunstfehler (speziell der Medizinalpersonen — Berlin 17. Apr. 79 O. **20** 215 [btr. § 230] —, die sich aber auch durch Unfleiß verantwortlich machen können; Hälschner **2** 27 N. 3); so ist im allg. die fragliche Verursachung durch Fahrlssgkt. bejaht bei Ausübung einer bestimmte Kenntnisse u. Fähigkeiten erfordernden Thätigkeit, wenn der Betreffende den Erwerb solcher verabsäumt und den Mangel eigener Kenntniß auch nicht durch Heranziehung von Sachverständigen ersetzt hatte; RG. II 23. Apr. 80 R. **1** 649, München 20. Feb. 75 St. **4** 353, Berlin 30. Mai 76, 2. Nov. 75, 17. Okt. 77, St. **6** 283, O. **16** 705, **18** 654. Insbesondere aber wurde die Verursachung bejaht bei Ausübung der Berufsthätigkeit seitens:

1. der Aerzte; z. B. bei Verursachung des Todes durch eine den anerkannten Regeln der Wissenschaft zuwiderlaufende ärztliche Behandlung, wie durch Unterlassung des sog. antiseptischen Verbandes, insbs. des hermetischen Verschlusses einer Wunde; RG. I 3. Juli 84 R. **6** 505; bei Zerstückelung eines Kindes in der Geburt in Folge einer falschen, auf wissenschaftlich ungerechtfertigten Anzeichen beruhenden Unterstellung des bereits erfolgten Todes des Kindes; RG. II 8. Juni 80 E. **1** 446; bei Verkennung eines Beinbruches; Berlin 17. Okt. 77 O. **18** 654;

2. der Hebammen; z. B. bei Nichtentfernung der Nachgeburt; RG. II 14. Jan. 87 E. **15** 181; bei instruktionswidriger gewaltsamer Entfernung der Nachgeburt unter Belassung eines Stückes derselben an der Gebärmutter, wodurch die Zusammenziehung der letzteren und das Aufhören ihrer Blutung gehindert und folgeweise eine Verblutung der Mutter verursacht wurde; Mannheim 20. Dez. 73 St. **3** 328; bei unaufmerksamer Beobachtung einer bei einer Entbundenen entstandenen Dammrißwunde; Berlin 17. Apr. 79 O. **20** 215;

3. der Apotheker; z. B. bei Nichteinholung der besonderen Erklärung des Arztes in einem Falle, wo ein stark wirkendes Gift in übermäßigen, mit den vorschrifsmäßigen Quantitäten nicht in Einklang stehenden, Dosen verschrieben war; RG. I 27. März 88 R. **10** 518; bei Vernachlässigung der Kontrolle der von einem Gehülfen vorgenommenen Prüfung eingegangener Arzneimittel; Berlin OAG. 7. Feb. 74 St. **3** 330;

4. der Baumeister; z. B. bei Verabsäumung der Einschärfung genauer Vorschriften für die Arbeiter über die Art der Bauausführung in wesentlichen Punkten; Mannheim 12. Juni 75 St. **7** 100; bzw. der Verpflichtung, für ein sicheres Arbeitsgerüste zu sorgen; Berlin 19. März 79 O. **20** 147;

5. der Fabrik- bzw. Maschinenbesitzer o. -Verwalter; z. B. bei Verabsäumung der Anbringung der nöthigen Schutzvorrichtungen (RG. II 13. Okt. 91 E. **22** 173), mochten dieselben auch nicht ohne Störung des Fabrikbetriebes sich ermöglichen lassen bzw. dem Verwalter seitens des Eigenthümers verboten sein; RG. I 5. Dez. 83 E. **10** 6; oder mochten dieselben bei der behördlichen Konzessionirung der Anlage auch nicht erfordert sein; IV 3. Juli 88 E. **18** 73 (s. o. N. 3 letzt. Abs.);

6. der Schlächter (Fleischer) bzw. Händler mit Fleischwaaren; z. B. bei Verabsäumung einer Untersuchung von Schweinefleisch auf Trichinen; RG. I 1. Dez. 81 R. **3** 757, III 15. Feb. 82 E. **6** 41 (auch beim Mangel einer die Untersuchung von Schweinefleisch auf Trichinen gebietenden Vorschrift), Berlin 3. Nov. 75 O. **16** 708.

b) Dagegen wurde verneint, daß unbedingt den Eigenthümer eines Brunnens bzw. eines Steinbruches die Verpflichtung zur Verwahrung treffe, vielmehr könne eine bezügliche Unterlassung des Eigenthümers als solchen nur dann strafbar sein, wenn das Gesetz, was § 367[12] nicht thue, gerade ihm die entsprechende Pflicht auferlege; RG. I 23. Feb. 82 (s. o.), IV 23. Nov. 86 E. **15** 58.

c) Wegen der Frage der Verursachung durch Fahrlässigkeit speziell im Falle der unter-

lassenen Beleuchtung der Treppen eines Miethshauses seitens des Eigenthümers vgl. RG. II 14. Apr. 85, 19. Okt. 86, R. 7 226, E. 14 362 (beide für das Gebiet des PrALR.).

6) Bei vorliegender Verursachung des Todes eines Menschen durch Fahrlässigkeit ist die konkurrirende Fahrlässigkeit eines Dritten oder auch des Getödteten (Verletzten) selbst sowenig wie überhaupt das spätere Verhalten des Verletzten, z. B. die Verweigerung der nothwendigen Amputation, im Stande, die Strafbarkeit zu beseitigen; denn wer die den ganzen Erfolg umfassende Ursache (die volle Ursache des Erfolges) gesetzt hat, ist dafür seinerseits verantwortlich. So die überwiegnde M., insbs. RG. I 12. Apr. 80, II 13. Okt. 91, E. 1 373, 22 173. AM.: Hälschner 2 24, v. Holtzendorff HH. 3 470, Rüd.-St. R. 11, v. Schwarze R. 2, v. Prittwitz G. 30 157 für den Fall, daß seitens des Getödteten (Verletzten) selbst ein schuldhaftes fahrlässiges Handeln konkurrirte. Praktisch wird die Divergenz der Meinungen häufig dahin sich lösen, daß in solchen Fällen die „Verursachung" seitens des Angeklagten zu verneinen sein wird; denn wenn bei Fahrlässigkeit mehrerer Personen ausschließlich diejenige einer derselben kausal war, so kann nur diese eine aus § 222 in Anspruch genommen werden; vgl. RG. IV 22. Sept. 85 R. 7 522 (btr. § 316_2), auch Bruck Fahrlässigkt. S. 94.

Die Praxis hat jenen Grundsatz in zahlreichen Fällen anerkannt; so hat sie wegen fahrl. Tödtung bestraft trotz konkurrirender Fahrlässigkeit:

a. eines Dritten (nämlich des Arztes bzw. des Baumaterialienlieferanten) den Apotheker bzw. den Baumeister; Berlin 8. Mai 72, München 14. März 73, St. 1 152, 2 278;

b. des Getödteten selbst:

dessen Ehefrau, welche in der Wohnstube, woselbst der dem Trunke ergebene Ehemann Zutritt hatte, eine mit aufgelöstem Arsenik gefüllte Weinflasche hatte offen stehen lassen; cit. RG. 12. Apr. 80;

einen Arzt; das R. 5 a l cit. RG. I 3. Juli 84;

einen Hausverwalter wegen Nichtverwahrung einer ungeschützten Oeffnung im Hausflur, in welche ein schlecht Sehender gerathen war, der die Mitnahme eines für ihn nöthigen Führers unterlassen hatte; Berlin 20. Nov. 74 St. 4 348;

einen Kutscher, beim Ueberfahren eines unter den Wagen gerathenen Kindes bzw. einer aus demselben steigenden Person; Berlin 14. März 72, Mannheim 21. Sept. 72, St. 2 51, 114;

einen Bergwerksverwalter, der die Vornahme der vorgeschriebenen, das Herausspringen aus dem Förderkorbe verhindernden Seitenbekleidung eines Schachtes unterlassen hatte, beim unzeitigen Herausspringen des Getödteten aus einem solchen Korbe; Berlin 30. Juni 74 O. 15 458;

einen Hundebesitzer, der einen bösartigen Hund frei umherlaufen ließ, trotzdem der von letzterem Gebissene die Bißwunde durch körperliche Arbeit fahrlässig verschlimmerte; RG. II 2. Mai 82 E. 6 249, III 4. Juni 83 R. 5 403.

Die Einwilligung des Getödteten in die Vornahme der seinen Tod verursachenden fahrl. Hdlg., selbst am eigenen Körper des Getödteten, kann den Thäter von der strafrechtl. Verantwortuug nicht befreien, da der Schutz des Lebens seiner Angehörigen vom Staate im öffentlichen Interesse ausgeübt wird; so die GM.; aM. Pfizer GS. 28 46.

Zu § 222 Absatz 2. R. 7—9.

7) Absatz 2 enthält einen straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295, der für den Fall der fahrl. Körperverletzung in gleicher Weise im § 230_2 aufgestellt ist. Es handelt sich darum, ob — wie § 232_1 sich ausdrückt — die Tödtung (bzw. Körperverltzg.) begangen ist „mit Uebertretung einer Amts-, Berufs- oder Gewerbspflicht". Hiernach ist die nächste Voraussetzung des straferhöh. Umst. auf Seiten des Thäters ein Amt (a), Beruf (b) oder Gewerbe (c). Vorweg ist hervorzuheben, daß diese Bezeichnungen als gleichwerthig nebeneinander gestellt sind, so daß eine alternative Feststellung (§ 47 R. 29) zulässig erscheint, ein Resultat, was übrigens um so mehr geboten ist, als die Begriffe nicht scharf gegeneinander abgegrenzt sind, so daß sich regelmäßig das Gewerbe zugleich als Beruf insbs. wird qualifiziren lassen; RG. II 6. Nov. 85 R. 7 638.

a) „Amt" ist — gerade wegen der Nebeneinanderstellung mit „Beruf oder Gewerbe"

— als öffentliches Amt (§ 31 N. 7 ff.) zu verstehen; aM. **RG.** IV 26. Feb. 92 E. **22** 418 (weshalb es auch, falls es um Ausübung eines öffentl. Amtes sich handele, unerheblich sei, ob die für die Uebertragung desselben bestehenden staatl. Vorbedingungen erfüllt seien).

b) „Beruf" erscheint gegenüber „Gewerbe" als der allgemeinere Begriff; es ist nicht erforderlich, daß er ein gewerbsmäßig betriebener sei; **RG.** II 13. Jan. 82 R. **4** 39. Beruf bezeichnet zunächst eine dauernde Thätigkeit, keine blos einmalige oder vereinzelte Ausübung, wenn er auch nicht nothwendig ein „Lebensberuf" zu sein braucht; so: **RG.** III 7. Juni 83 R. **5** 415 (die mehr o. weniger häufige Wiederholung einer gewissen Thätigkeit, z. B. der Leitung eines Fuhrwerks, rechtfertige noch nicht die Annahme des Berufs), Berlin 5. Apr. 76 St. **6** 291 (der „Beruf als Kutscher" werde durch mehrmaliges Fahren im Dienste eines Anderen noch nicht begründet), Dresden 30. Juni 76 St. **7** 113 (die Arbeit eines Tagelöhners könne nur unter besonderen Umständen als Berufsarbeit angesehen werden); der Beruf braucht auch nicht die einzige oder hauptsächliche Lebensthätigkeit des Betreffenden auszumachen; so das cit. **RG.** 13. Jan. 82. Die Berufsthätigkeit erfordert ferner eine gewisse Sachkenntniß und trägt demgemäß für den dieselbe Ausübenden zugleich eine Verantwortlichkeit bzw. eine höhere Verantwortlichkeit hinsichtlich der aufmerksamen Anwendung der bei derselben vorausgesetzten Einsicht und Sachkenntniß in sich (vgl. das cit. **RG.** 13. Jan. 82); in diesem Sinne ist z. B. der Betrieb der Landwirthschaft als Beruf aufzufassen; **RG.** III 11. Feb. 80 E. **1** 203, Berlin 23. Apr. 74, Dresden 10. Dez. 77, St. **4** 45, 8 162. Endlich ist auch Erforderniß, daß der Beruf eine selbstgewählte Thätigkeit sei; so außer den eben und der o. citirten Entsch. II 6. Nov. 85: **RG.** I 9. Feb. 82, 17. Nov. 83, E. **6** 24, **9** 204 (jenes verneinend, daß die Erziehungspflicht der Eltern als Berufspflicht aufgefaßt werden könne, dieses, daß ein Gutsbesitzer, der vermöge seiner Patronatsberechtigung den Vorsitz im Schulvorstande freiwillig übernommen, einen Beruf ausübe), Oppenh. N. 8, Rüd.-St. 15; dieses Erforderniß ist freilich nur zu verstehen unbeschadet der Befugniß derjenigen Personen, die nach Landesrecht (vgl. PrALR. II 2 § 109) das Recht haben, den Beruf Anderer zu bestimmen.

c) Gewerbe (vgl. § 260) bezeichnet die auf einen fortgesetzten Erwerb gerichtete Thätigkeit (cit. **RG.** 6. Nov. 85), gleichgültig, ob dieselbe die Hauptbeschäftigung, den eigentlichen Lebensberuf des Betreffenden bildet; **RG.** IV 9. Jan. 91 G. **39** 61 (Vermiethen von Wohnungen im eigenen Hause neben dem Betriebe eines Getreidehandels). Hieraus folgt zunächst, daß die einmalige oder vereinzelte Vornahme einer gewerblichen Arbeit nicht genügt, daß vielmehr ein gewerblicher Betrieb stattgefunden haben muß; Berlin 24. Okt. 73 St. **3** 195 (ein Tagearbeiter hatte nur zeitweise bei Zimmerleuten Aushülfe geleistet). Weiter aber ergiebt sich, daß der Begriff des Gewerbes auf eine die Erzeugung oder Bearbeitung, den Umtausch oder den Vertrieb von Waaren oder Produkten betreffende Thätigkeit nicht beschränkt ist (**RG.** II 4. Mai 80 R. **1** 726), vielmehr kann beispielsweise als Gewerbe betrieben werden nicht nur der ärztliche Beruf überhaupt, sei es seitens eines approbirten Arztes (**RG.** I 3. Juli 84 R. **6** 505), sei es seitens eines sog. Kurpfuschers (**RG.** II 15. Okt. 81 E. **5** 74, III 12. Apr. 82 R. **4** 313) oder seitens einer (im Besitze eines Prüfungszeugnisses nicht befindlichen) Hebammenpfuscherin (**RG.** II 14. Jan. 87 E. **15** 181), sondern namentl. auch ein ärztliches Spezialfach bzw. die Vornahme einer vereinzelten ärztlichen Hülfeleistung, wie die Einrichtung von Knochenbrüchen (München 20. Feb. 75 St. **4** 353); ferner: der Aufbau von Häusern zum Verkauf, das Verleihen von Hängegerüsten, der Abbruch von Häusern (**RG.** II 23. Apr., 4. Mai 80, R. **1** 649, 726, Berlin 30. Mai 76 St. **6** 283), das Vermiethen von Wohnungen (cit. **RG.** 9. Jan. 91), endlich die Thätigkeit eines im Privatdienste stehenden Kutschers (Berlin 18. Feb. 76 O. **17** 127). Darauf, ob zu dem Gewerbe eine staatliche Genehmigung erforderlich ist, kommt nichts an; Berlin 5. Okt. 71 O. **12** 498 (btr. § 232).

Während Jemand „vermöge seines Amtes" zu einer Aufmerksamkeit nur dann verpflichtet sein kann, wenn ihm dasselbe übertragen ist, nicht aber durch eine unbefugte Ausübung desselben (Schütze S. 382 N. 12), kommt die Berechtigung zur Ausübung eines Berufes, namentl. eines Gewerbebetriebes, der Natur der Sache nach nicht in Betracht, weil

gesetzliche Schranken die thatsächliche Ausübung eines solchen nicht unmöglich machen; so **RG.** II 4. Mai 80 R. **1** 726; aM. Schütze aO.

8) Weitere Voraussetzung des Abs. 2 ist, daß der Thäter gerade zu derjenigen Aufmerksamkeit, welche er aus den Augen setzte, vermöge seines Amtes, Berufes oder Gewerbes „besonders" verpflichtet war.

Darüber, daß der Fall des Abs. 2 dann vorliege, wenn die Verpflichtung zu der außer Augen gesetzten Aufmerksamkeit erst durch das Amt rc. begründet wurde, kann ein Zweifel nicht bestehen, wohl aber kann fraglich sein, ob eine solche Begründung der Verpflichtung durch das Amt zur Anwendung des Abs. 2 nothwendig sei. Man wird diese Frage verneinen müssen; denn die Außerachtlassung einer Aufmerksamkeit, zu welcher der Thäter vermöge seines Amtes rc. besonders verpflichtet war, liegt offenbar auch dann vor, wenn das Amt eine ohnehin schon bestehende Verpflichtung zur Aufmerksamkeit noch erhöhte bzw. verstärkte; zu diesem besonderen Grade der Aufmerksamkeit — und somit zu der außer Acht gelassenen Aufmerksamkeit selbst — war alsdann der Thäter aus allgemeinen Grundsätzen nicht verpflichtet; **RG.** II 1. März 81, 13. Jan. 82, R. **3** 89, **4** 39. Aus diesen Gesichtspunkten rechtfertigen sich folgende Verurtheilungen aus Abs. 2:

eines das Verleihen von Hängegerüsten gewerbsmäßig Betreibenden wegen Verleihens eines schadhaften Hängegerüstes (obgleich ein jedes Verleihen die Verpflichtung begründet, kein schadhaftes Gerüst zu verleihen, wenigstens nicht ohne besonderen Hinweis auf die Schadhaftigkeit); **RG.** II 4. Mai 80 R. **1** 726;

einer die Heilkunde gewerbsmäßig ausübenden Person wegen Anwendung eines nach dem heutigen Stande der Wissenschaft schlechthin schädlichen Heilverfahrens, also wegen Begehung eines sog. Kunstfehlers (obgleich jede Ausübung der Heilkunde verpflichtet, kein schlechthin schädliches Heilverfahren zu verordnen); **RG.** III 12. Apr. 82 R. **4** 313;

eines Baumeisters wegen Herstellung von Mauern eines Hauses in ungenügender Stärke (obgleich jeder, der ein Haus aufführt, die Verpflichtung zur Herstellung genügend starker Mauern hat); Mannheim 12. Juni 75 St. **6** 100;

eines Landwirths bzw. eines Fleischers oder Händlers mit Fleischwaaren wegen Verkaufes von krankem Schlachtvieh bzw. von trichinenhaltigem Fleische (obgleich jeder verpflichtet ist, krankes Vieh nicht, mindestens nicht ohne besonderen Hinweis, zu verkaufen, desgleichen kein trichinenhaltiges Fleisch zu verkaufen — vgl. § 367 [7] — bzw. eine erlassene allgemeine Verordnung wegen Untersuchung der Schweine auf Trichinen zu befolgen); **RG.** I 1. Dez. 81 R. **3** 757, Dresden 10. Dez. 77 St. **8** 162, Berlin 8. Sept. 73, 3. Nov. 75, O. **14** 518, **16** 708;

eines Lehrers wegen Ueberschreitung des Züchtigungsrechtes (obgleich ein jeder, dem ein Züchtigungsrecht zusteht, verpflichtet ist, innerhalb der Grenzen desselben sich zu halten); Berlin OAG. 25. Okt. 73 O. **14** 669.

Vergleiche dagegen andererseits: **RG.** II 23. Apr. 80 R. **1** 649, Berlin 2. Juni 75, 30. Mai 76, O. **16** 412, St. **6** 283, jeder Bauherr bzw. jeder, der ein Haus abbrechen lasse, sei zur Zuziehung eines Sachverständigen verpflichtet, folglich werde eine besondere Verpflichtung nicht verletzt, wenn jemand, der den Aufbau bzw. Abbruch von Häusern gewerbsmäßig betreibe, die Zuziehung eines Sachverständigen unterlasse. Man wird diesen Entscheidungen sachlich beitreten können, da in den vorliegenden Fällen eine vermöge des Gewerbebetriebes erhöhte Verpflichtung nicht anzunehmen war; dagegen scheint die Motivirung, daß das Gewerbe rc. die betreffende Verpflichtung begründen müsse, anderenfalls aber eine besondere Verpflichtung nicht vorliege, zu weit zu gehen.

Besteht für den Thäter vermöge seines Amtes rc. eine besondere Verpflichtung zur Aufmerksamkeit in dem eben dargelegten Sinne, so findet Abs. 2 Anwendung, ohne Rücksicht darauf, ob die Berufsart eine besondere Ausbildung oder Kunstfertigkeit zur Voraussetzung hat (weshalb auch ein Tagearbeiter zu besonderer Aufmerksamkeit verpflichtet sein kann), ob der Betreffende sich in Wirklichkeit die erforderliche Sachkunde erworben hat, ob der Gewerbebetrieb einer polizeilichen Genehmigung bedarf, ob derselbe einen Befähigungsnachweis erforderlich macht oder ob derselbe endlich mit besonderer Gefahr für die Arbeiter

verbunden ist und deshalb besondere Sicherheitsvorkehrungen erheischt; RG. I 2. Dez. 80 E. 3 84, II 9. Juni 82 R. 4 547, Berlin 5. Okt. 71, 30. Mai 76, 19. März 79, St. 1 174, 6 283, O. 20 147, Dresden 15. Dez. 76 St. 7 115.

Andererseits ist auch durchaus nicht erforderlich, daß durch die Außerachtlassung der besonderen Aufmerksamkeit für das Amt 2c. bestehende gesetzliche oder instruktionelle Bestimmungen vernachlässigt worden seien; so: Berlin OAG. 7. Feb. 74, München 20. Feb. 75, Mannheim 12. Juni 75, St. 3 330, 4 353, 7 100, Hälschner 2 26.

Uebrigens erscheint nach diesen Ausführungen die von Berlin 13. Juli 71 O. 12 399 vertretene Ansicht, daß die Frage, ob ein Beruf zu einer besonderen Aufmerksamkeit verpflichte, lediglich aus thatsächlichen Gründen zu beantworten sei, nicht zutreffend; vgl. auch RG. III 11. Feb. 80 E. 1 203.

9) Da das Gesetz nicht sagt „in Ausübung", sondern „vermöge seines Amtes" 2c., so folgt daraus die Anwendung des Abs. 2 nicht blos dann, wenn der Thäter bei Vornahme der fahrl. Hdlg. in seinem Amte 2c. thätig ist, sondern auch dann, wenn die Hdlg. in den Kreis der Amts- 2c. Hdlgen überhaupt fällt; so RG. IV 16. Mai 85 R. 7 301, das deshalb einen bei einem Bergwerk angestellten Ingenieur wegen einer von ihm vorgenommenen Herstellung der Seilfahrteinrichtung auch dann für verantwortlich erachtete, wenn solche, mit Rücksicht auf die Bedingungen seiner Anstellung und den beschränkten Kreis seiner Thätigkeit als Angestellter, nicht zu den ihm als Angestelltem obliegenden Funktionen gehörte. Ebendeshalb hat auch RG. III 7. Juni 82 R. 4 535 einen Gewerbsmann, zu dessen Beruf die Leitung von Bauten gehört, aus Abs. 2 für strafbar erachtet, wenn in Folge seiner fahrl. Anordnungen beim Bau ein Mensch getödtet wird, auch wenn die Bauleitung ihm nicht übertragen ist, er sie vielmehr eigenmächtig auf sich nimmt (so auch Geyer 2 18).

Eine einschränkende Auslegung ist auch deshalb sachlich unrichtig, weil der Kreis der einem Beamten 2c. innerhalb der Amtsthätigkeit obliegenden Pflichten nicht den ganzen Umfang der ihm vermöge des Amtes obliegenden Verpflichtungen deckt; RG. III 11. Feb. 80, II 1. März 81, III 3. Jan. 84, E. 1 203, R. 3 89, R. 6 14, Hälschner 2 26 N. 4. Dagegen muß die Hdlg. jedenfalls in den Kreis der Amts- 2c. Hdlgen fallen; denn nur für solche Hdlgen werden die Beamten 2c. durch ihr Amt darauf hingewiesen, einer Verpflichtung, welche an sich jedem obliegt, in besonderem Maße nachzukommen; deshalb verneinte RG. II 25. Okt. 81 E. 5 74, daß eine Hebamme, welche, abgesehen von dem Falle einer Entbindung, ihrer Instruktion zuwider mit Kurpfuscherei sich befasse und dabei fahrlässig einen Menschen tödte (beschädige), ihrer Berufspflicht als Hebamme entgegenhandle, während allerdings von RG. II 8. Jan. 86, 10. Mai 87, R. 8 21, 9 311 Verletzung der Gewerbspflicht in Fällen angenommen wurde, wo ein Fuhrherr bei einer eigenen (unentgeltlichen) Spazierfahrt, bzw. wo ein ein Fuhrwerk im Geschäftsbetriebe haltender Müller bei einer Jahrmarktsfuhre einen Andern überfahren hatte; in letzterem Falle pflegte der Müller, wenn sein Geselle behindert war, die Fuhre selbst zu leiten; dagegen hat RG. II 23. Sept. 87 R. 9 460 angenommen, daß, falls Hdlgen in Frage stehen, welche der Gewerbtreibende (wie z. B. das Zureiten und Einfahren von Pferden) durch technisch dazu ausgebildete Angestellte ausüben läßt, von Verletzung einer Gewerbspflicht seitens des Gewerbtreibenden selbst dann nicht die Rede sein kann, wenn er eine solche Hdlg. nicht in Ausübung seines Gewerbes, sondern außerhalb desselben vornimmt. Ueber die Frage, inwieweit darin, daß der verantwortliche Leiter eines Fabrikwesens gewisse nur mittelbar zum Fabrikbetriebe gehörige Verrichtungen, welche an sich außerhalb des vom Fabrikleiter betriebenen Gewerbes liegen, unberufenerweise selbst ausführt oder im einzelnen anordnet und hierbei durch Fahrlässigkeit Tödtungen bzw. Körperverletzgen verursacht, eine mit Uebertretung der Gewerbspflicht begangene Strafthat gefunden werden kann, vgl. RG. III 25. Okt. 88 E. 18 204 (btr. §§ 230_2, 232_1).

Theilnahme; Verhältniß zu anderen §§.; Strafe, Verjährung, Zuständigkeit. N. 10—12.

10) Mitthäterschaft ist ausgeschlossen, wenn auch mehrere Personen selbständig (s. o. N. 2_3) der fahrl. Tödtung desselben Menschen sich schuldig machen können; vgl. § 47 N. 10 und die dortigen Allegate.

11) Wegen gleichartiger Idealkonkurrenz bei fahrlässiger Tödtung mehrerer Personen durch eine Hdlg. vgl. § 73 N. 17.

Mit dem Verbr. der Abtreibung aus §§ 218_3, 219 kann eine fahrl. Tödtung der Schwangeren selbst ideell konkurriren; so: Habermaas Idealk. S. 47, Horch Abtreibung S. 49 f., v. Holtzendorff HH. **3** 462, v. Schwarze § 220 N. 2; aM. Pfizer GS. **28** 46, der § 222 wegen Einwilligung der Schwangeren für ausgeschlossen erachtet (s. jedoch o. N. 6_3), während Blum §§ 218 N. 9, 219 N. 5 Realkonk. annimmt.

Wegen des Verhältnisses des § 222 zu den §§ 309, 314, 316, 330, 367^8 vgl. daselbst.

12) Die Strafe ist Gefängniß von 1 T. und zwar beim einf. Verg. bis 3, beim qualif. bis 5 J. (§ 16).

Die Verjährung der Strafverfolgung sowohl des einfachen wie des qualifizirten Verg. erfolgt nach § 67_2 in fünf Jahren; wegen ihres Beginnes vgl. das. N. 9.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. §§ 73^1, 27.

Siebenzehnter Abschnitt.

Körperverletzung.

1) Die Ueberschrift des Abschn. 17 des RStGB. Th. II ist gleichlautend mit derjenigen des entsprechenden Tit. 16 des PrStGB. Th. II. Während aber in diesem die Ueberschrift a potiori entnommen war, indem dasselbe eine gemeinsame Bezeichnung für die Begriffe „Mißhandlung" und „Verletzung des Körpers" nicht kannte (vgl. § 187 das.), lehnt die Ueberschrift des RStGB. Abschn. 17 an den durch § 223 eingeführten terminus technicus sich an, wonach jede „körperliche Mißhandlung oder Gesundheitsbeschädigung" mit dem Ausdruck „Körperverletzung" bezeichnet wird.

2) Im Abschn. 17, in welchem die Materie der Körperverltzg. i. S. des EG. § 2 geregelt ist (Binding **1** 321), behandeln die §§ 223—229 die vorsätzliche Körperverltzg., einschließlich des sog. Raufhandels (§ 227), der § 230 aber die fahrlässige, während die §§ 231—233 gemeinschaftliche Bestimmungen über Buße, Strafantrag und Aufrechnung geben, die theils auf alle Fälle der Körperverltzg. (§ 231), theils nur auf einzelne derselben (§§ 232, 233) sich beziehen.

Was die weitere Eintheilung der Körperverltzgen betrifft, so ist zu unterscheiden zwischen der Fassung des StGB. vor und zwischen derjenigen nach Erlaß der StGN.; so v. Buri GS. **34** 345; aM. v. Schwarze § 223a N. 1, die StGN. habe an der Grundlage des Abschn. 17 nichts geändert. Nach der älteren Fassung war das Eintheilungsprinzip der Erfolg der Körperverltzg. und zwar sowohl für die vorsätzl. als für die fahrl. Körperverltzgen; jene zerfielen, abgesehen von dem den wirklichen Eintritt einer Körperverltzg. überhaupt nicht voraussetzenden Falle des § 229_1, in leichte (§ 223), schwere (§§ 224, 225, 229_2) und solche mit tödtl. Erfolge (§§ 226, 229_2), diese — ausweislich des § 223 — in leichte und schwere, während die fahrl. Körperverltzgen mit tödtlichem Erfolge als fahrl. Tödtungen bereits im § 222 abgehandelt sind.

Durch die StGN. wurde im § 223a eine neue Kategorie der vorsätzl. Körperverltzgen geschaffen, welche auf dem Gesichtspunkte der Gefährlichkeit der Hdlg., nicht auf demjenigen des Erfolges beruht. Hat auch die StGN. das frühere fundamentum divisionis verlassen, so kann man doch nimmermehr die vorsätzl. Körperverltzgen in einer beide Entscheidungsgründe nebeneinander berücksichtigenden Weise eintheilen; ein solches Verfahren ist logisch unmöglich; vgl. John G. **25** 413. Man muß vielmehr jetzt von dem einfachen Thatbestande der vorsätzl. Körperverltzg. im § 223_1 ausgehen und die Eintheilung der übrigen Fälle der Körperverltzg. nach den Straferhöhungsgründen vornehmen; dieselben werden vom Gesetze gefunden:

a. in der Person, gegen welche die Körperletzung verübt wird (§ 223_2);
b. in der Art der Ausführung (§§ 223a, 229_1);
c. in dem Erfolge, je nachdem derselbe besteht:

α. in einer, sei es unbeabsichtigten (§ 224), sei es beabsichtigten (§ 225), objektiv schweren Körperverltzg.;

β. in dem unbeabsichtigten Tode des Verletzten (§ 226);

d. in der Art der Ausführung in Verbindung mit dem Erfolge, sei es, daß derselbe in einer objektiv schweren Körperverltzg. o. in dem Tode des Verletzten besteht (§ 229₂).

Daneben besteht die den Raufhandel betreffende Ausnahmebestimmung des § 227, für welche gleichfalls der Gesichtspunkt des durch denselben herbeigeführten Erfolges, eine schwere Körperverletzg. oder der Tod eines Menschen, maßgebend ist.

Die Eintheilung der fahrl. Körperverletzgen ist dieselbe geblieben wie vor der StGN.

3) Obgleich die frühere Eintheilung der vorsätzl. Körperverltzgen nach dem Gesichtspunkte des Erfolges nicht mehr haltbar ist, so hat das StGB. auch nach Erlaß der StGN. seine auf jenem früheren Entscheidungsprinzipe beruhende Terminologie beibehalten; dieses Verfahren verdient zwar wenig Beifall, ist aber trotzdem thatsächlich eingeschlagen und daraus erklärlich, daß die frühere Eintheilung in Folge einer Novellengesetzgebung hinfällig geworden ist. Wie die GM. mit Recht annimmt, sind nach der jetzigen Fassung des StGB. zu verstehen unter:

leichten vorsätzlichen Körperverletzungen lediglich diejenigen aus § 223,

schweren vorsätzlichen Körperverletzungen diejenigen aus den §§ 224, 225,

während die Körperverletzungen aus § 223a, obwohl sie dem Erfolge nach leichte sind, dennoch unter der technischen Bezeichnung der leichten vorsätzl. Körperverltzgen nicht mitbegriffen werden; das Gesetz hat diese Körperverletzgen mit einem technischen Namen überhaupt nicht belegt, man bezeichnet sie aber meist als „gefährliche"; so RG. I 2. Nov. 82 E. 7 199; aM. John G. 25 413, welcher unter leichten Körperverltzgen sowohl die nichtgefährlichen (§ 223), als auch die gefährlichen (§ 223a) verstehen will, weil nur dasjenige zum Gesetz habe erhoben werden können, was nach den Gesetzen der Logik Gesetz sein müsse; dabei wird jedoch übersehen, daß zwar die Eintheilung der Körperverltzgen als logische Operation nur nach den Gesetzen der Logik geschehen kann, ihre Benennung aber, wenn sie auch billiger Weise dem Wesen der Sache sich möglichst anschließen sollte, dennoch im Belieben des Gesetzgebers ruht.

§. 223.

Wer vorsätzlich einen Anderen körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit beschädigt, wird wegen Körperverletzung mit Gefängniß bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu eintausend Mark bestraft.

Ist die Handlung gegen Verwandte aufsteigender Linie begangen, so ist auf Gefängniß nicht unter Einem Monat zu erkennen.

PrStGB. §§ 187, 191. Entw. I §§ 195, 196, II § 218.
Entw. d. StGN. Art. I § 223 Abs. 1, 2. Aktenst. 1875/76 Nr. 54, 145. StB. 1875/76 S. 803 f.
Vgl. §§ 228, 232 Abs. 1.

Vorsätzliche Körperverletzungen im allgemeinen. N. 1—15.

1) Objekt der Körperverltzg. ist ein „Anderer", d. h. ein anderer Mensch als der Thäter. Daraus folgt einmal, daß die Körperverltzg. einer Leibesfrucht nicht als solche strafbar ist, weil das Objekt der Hdlg. nicht ein Mensch ist; Herbst G. 26 25, Oppenh. N. 16; vgl. jedoch §§ 218 ff. und 211 N. 1. Andererseits ergiebt sich daraus, daß die Selbstverstümmelung sowie die Anstiftung und Beihülfe dazu gleichfalls nicht als Körperverltzg. gestraft werden können; vgl. jedoch § 142.

2) Die „körperliche Mißhandlung" (N. 2—4) ist nach der Terminologie des § 223₁, der diejenige des PrStGB. § 122 entspricht, nur eine der beiden Arten der Körperverltzg. (N. 7). In dem entsprechenden § 187 des PrStGB., welcher lautete: „Wer vorsätzlich einen Anderen stößt oder schlägt, oder demselben eine andere Mißhandlung oder Verletzung des Körpers zufügt" ꝛc. war die Ausdrucksweise eine abweichende, da jene beiden Begriffe einander koordinirt waren.

3) Eine „körperliche“ Mißhdlg. ist gleichbedeutend mit einer Mißhdlg. des Körpers eines Anderen. Daß das PrStGB. § 187 nur von einer solchen sprach, konnte einmal wegen der speziell hervorgehobenen Hdlgen (Stoßen, Schlagen), dann mit Rücksicht auf die Abhängigkeit des Genitivs „des Körpers“ von den beiden vorangegangenen Substantiven nicht zweifelhaft sein. In keiner Weise erhellt aber, daß man bei der Redaktion des RStGB. in diesem Punkte von der Auffassung des PrStGB. abweichen wollte, vielmehr kam es nur darauf an, dem in letzterem zurückgedrängten Begriffe der „Gesundheitsbeschädigung“ (vgl. Goltd. Mat. 2 402) sein Recht widerfahren zu lassen.

Den Gegensatz zur „körperlichen“ Mißhdlg. bildet sonach die „geistige“, d. h. diejenige Verfahrungsweise gegen einen Anderen, welche lediglich zu einer Tortur seines Geistes führt, ihn lediglich gemüthlich afficirt, ohne gleichzeitig für seinen Körper zu einer Mißhdlg. zu werden; Hälschner 2 85, Blum N. 3.

Kommt dem Ausdruck „körperliche“ Mißhdlg. diese Bedeutung zu, so ist nicht anzunehmen, daß gleichzeitig noch ein anderer Sinn mit demselben zu verbinden sei; in jenem Ausdruck liegt daher weder, daß die Einwirkungsweise des Thäters eine körperliche sein, noch daß der Körper des Anderen das unmittelbare Angriffsobjekt bilden müsse, m. a. W. das Erforderniß des „damnum corpore corpori datum“ ist nicht aufgestellt; so H. Meyer S. 530; aM: Wolfenbüttel 9. Feb. 77 St. 7 207, Herbst G. 26 32, 34, Hälschner 2 85, v. Liszt S. 326, Merkel S. 297 u. HRl. „Körperverl.“, Geyer HH. 3 534, 4 366, Meves N. 6, Rubo N. 3, v. Schwarze S. 620 u. GS. 29 601; freilich werden alle diese nicht anstehen, Fälle, in denen eine mechanische körperl. Einwirkung auf den Körper des Anderen durch das Mittel lebender Wesen, insbs. durch Hetzen von Hunden 2c., erzielt wird, gleichfalls hierher zu ziehen. Der häufigste Fall der körperl. Mißhdlg. ist allerdings derjenige einer unmittelbaren körperl. Einwirkung des Thäters auf den Körper des Anderen, so beim Stoßen und Schlagen, auf welche deshalb das PrStGB. § 187 — und jetzt noch MStGB. § 122 — auch exemplifiziren. Außerdem ist aber auch eine mittelbare Einwirkung denkbar, sei es in materieller Weise, wie z. B. durch Nahrungsentziehung, sei es durch psychische Mittel, wie z. B. durch Herbeiführung eines Schreckens; so: Berner S. 516, H. Meyer S. 530, v. Wächter S. 341, Blum N. 3, Oppenh. N. 17 (s. jedoch das. N. 19); vgl. auch Meves N. 6 u. v. Schwarze S. 621, welche in der Verursachung von Schreck eine Gesundheitsschädgg. sehen.

4) Wann eine „körperl. Mißhandlung“ anzunehmen sei, ist gleichfalls streitig. Auf der einen Seite verlangt v. Wächter S. 340 „eine Störung des Wohlbefindens oder eine Erzeugung von erheblichen Schmerzen“ sowie Rubo N. 3 die Verursachung eines heftigen Schmerzes, auf der anderen Seite sieht v. Schwarze S. 620 u. GS. 29 601 bereits in jeder Thätlichkeit gegen den Körper eines Anderen eine Mißhdlg. Die Wahrheit liegt in der Mitte, indem dort zu viel, hier zu wenig verlangt wird. Mißhandeln bezeichnet an sich (vgl. wegen mißbrauchen §§ 48 N. 11b, 176 N. 13) nicht mehr wie ein unangemessenes, schlimmes, übles Behandeln, ohne Unterschied, ob das mißhandelte Objekt die Behandlung als eine solche empfindet; nimmt man hinzu, daß zum Thatbestande der Beleidigung ein Empfinden der Ehrenkränkung seitens des Betroffenen nicht vorausgesetzt wird (§ 185 N. 7_2), so wird man auch für die körperl. Mißhdlg., die im Gesetze nicht definirt wird, nicht verlangen können, daß dieselbe einen Eindruck auf das Empfindungsvermögen des Objektes mache; so RG. II 16. Apr. 89 E. 19 136, das auch noch § 122 des MStGB. (s. o. N. 3_3) heranzieht, welches keinen Anlaß gehabt habe, den Thatbestand der Mißhdlg. abweichend von RStGB. zu normiren und trotzdem „Stöße und Schläge“ als Arten der körperl. Mißhdlg. bezeichne, obgleich in deren Begriffe nicht liege, daß diese Behandlung vom Objekte nothwendig (auch bei nicht normalmäßigen Funktionen des Gehirns und der Nerven) empfunden werden müsse; wenn auch nicht jede äußerlich als Stoß o. Schlag sich darstellende Berührung des Körpers als Mißhandlung zu gelten habe, so sei doch bei Stößen 2c., welche als solche von dem Gestoßenen nicht empfunden worden, der Begriff der Mißhdlg. nicht rechtsgrundsätzlich ausgeschlossen. Sieht man von solchen immerhin exceptionellen Fällen ab, so erscheint die körperl. Mißhdlg. eines Anderen auf doppelte Weise denkbar; dem sich anschließend Hecker Militärstrafr. S. 242 u. G. 33 78 f.

a) „Körperl. Mißhandlung" ist zunächst jedenfalls die Zufügung eines körperl. Mißbehagens oder umgekehrt die Störung des körperl. Wohlbefindens; so: RG. I 29. Sept. 81 E. 5 129, II 18. Mai 88 R. 10 407, Wolfenbüttel 21. Nov. 76, 9. Feb. 77, St. 7 194, 207, Berner S. 516, Geyer HH. 3 534, 4 364, H. Meyer S. 529, Oppenh. N. 17, Rüd.-St. N. 2. Wenn auch eine Mißhdlg. meist auf die Zufügung eines Schmerzes hinausläuft, so verlangt doch die Wortbedeutung dieses nicht; so namentl. Oppenh. N. 17 u. Hecker aO., während Hälschner 2 85 die Verursachung eines körperl. Schmerzes erfordert (s. jedoch u. N. 6 b aE.). Es kann deshalb eine Mißhdlg. auch durch Einflößen einer Flüssigkeit, welche einen unangenehmen, scharf säuerlichen Geschmack hat und, wenn auch nur vorübergehend, die Empfindung des Stumpfwerdens der Zähne hervorruft, begangen werden; cit. RG. 18. Mai 88. Auch Mißhdlg. durch eine Ekel erregende Behandlung des Körpers, insbs. durch Anspeien, ist denkbar; so: Berlin 13. Juni 73 St. 2 353, Rüd.-St. N. 2; aM. Merkel HRl. „Körperverl.", welcher auf Grund des gewöhnlichen Sprachgebrauches die Erregung von bloßem Mißbehagen oder Ekel nicht für eine Mißhdlg. erachtet, während v. Schwarze S. 621 btr. der Frage, ob eine Ekel erregende Behandlung des Körpers Mißhdlg. sei, die obwaltende Absicht entscheiden läßt.

b) „Körperl. Mißhandlung" ist ferner diejenige Behandlung eines Anderen, welche zu einer entstellenden Beeinträchtigung seiner körperl. Unversehrtheit führt; aM. H. Meyer S. 529 N. 12, hier komme es auf den engeren, nicht den weiteren Begriff an. Zu weit geht Geyer, HH. 4 364, welcher jede Beeinträchtigung der Integrität des Körpers eines Anderen als Körperverltzg. ansieht; denn wenn eine solche — wie z. B. das Abschneiden weniger Haare — weder ein körperl. Unbehagen erregt, noch irgend eine Entstellung mit sich bringt, so läßt sich der Begriff einer körperl. Mißhdlg. in dem oben erläuterten Sinne unmöglich anwenden. Anders dagegen, wenn die Beeinträchtigung der Integrität des Körpers — die Substanzverletzung — eine Entstellung (§ 224 N. 7) mit sich führt, mag selbige auch nicht erheblich und nur vorübergehend sein (vgl. übrigens u. N. 6 b); von einem Eindruck auf das Empfindungsvermögen des Betroffenen ist auch in diesem Falle nicht die Rede.

5) Die „Beschädigung eines Anderen an der Gesundheit" ist die zweite, neben die körperl. Mißhdlg. tretende (N. 2), Art der Körperverltzg.

Zunächst ist hervorzuheben, daß man von körperlicher und geistiger Gesundheit des Menschen spricht; die Gesundheitsbeschädgg. wird daher sowohl die eine wie die andere Seite der menschlichen Gesundheit treffen können, und ist keineswegs die auf die gemeinsame Bezeichnung „Körperverletzung" (N. 7) sich stützende Ansicht gerechtfertigt, daß unter „Gesundheit" i. S. des § 223 nur die körperliche zu verstehen sei; hiergegen spricht der Inhalt des § 224, welcher den im § 223 aufgestellten Begriff der Körperverltzg. voraussetzt, ferner bezeugt v. Schwarze S. 622 ausdrücklich, daß die Bundesrathskommission „die Beschädigung der Gesundheit" auch zur Bezeichnung der Geisteszerrüttung für ausreichend erachtet habe, wenngleich die allg. Bezeichnung „Körperverletzung" nicht passe. So die GM. AM. Oppenh. N. 19.

Im Uebrigen kann von der schwierigen Feststellung des Begriffs der Gesundheit in abstracto abgesehen werden, da es hier nur darauf ankommt, zu bestimmen, wann Jemand in Rücksicht auf seinen bisherigen körperl. und geistigen Zustand durch die Hdlg. eines Dritten als „an der Gesundheit beschädigt" zu erachten sei; es handelt sich sonach nur um die Bestimmung eines relativen Verhältnisses.

Eine „Beschädigung an der Gesundheit", die mit einer „Beschädigung der Gesundheit" gleichbedeutend sein dürfte (vgl. § 229_1; aM. Herbst G. 26 37), ist nicht schon bei jeder Verschlechterung des körperl. oder geistigen Befindens anzunehmen, sondern nur bei einer derartigen Störung des Befindens, welche als eine Krankheit (§ 221 N. 3 c) bzw., wie auch RG. I 20. Mai 89 E. 19 226 annimmt, bei schon vorhandener Krankheit als eine Steigerung derselben sich bezeichnen läßt. Anderenfalls würde jede körperl. Mißhdlg. und jede Erregung eines unangenehmen Affektes eine Gesundheitsbeschädgg. sein; Merkel S. 297. Wann eine körperliche oder eine Geisteskrankheit anzunehmen sei, was in einzelnen Fällen zweifelhaft genug sein kann (vgl. Skrzeczka HH. 2 226), ist vom medizinischen Standpunkte

und deshalb regelmäßig unter Zuziehung eines ärztlichen Sachverständigen zu entscheiden; so z. B. ob eine vorübergehende Uebelkeit, wie Oppenh. N. 20 annimmt, als Krankheit und demgemäß als Gesundheitsbeschädigung anzusehen sei.

Ob die „Beschädigung an der Gesundheit" eine Verletzung der Körpersubstanz voraussetze, kann dahin gestellt bleiben (s. jedoch u. N. 6a aE.); nachweisbar braucht eine solche keinesfalls zu sein und ist sie es bei Geisteskrankheiten häufig nicht; Skrzeczka aO. S. 227.

Was die Verursachung der Gesundheitsbeschädgg. anbetrifft, so wird hier allgemein dafür erachtet, daß eine unmittelbare Einwirkung nicht Voraussetzung sei und daß das Mittel derselben namentl. auch psychischer Natur sein könne; so insbs. selbst: Herbst G. **26** 28, Merkel HRl. „Körperverl.", Geyer HH. **3** 527, Hälschner **2** 86, Meves N. 6, welche bezüglich der Mißhdlg. das Gegentheil annehmen (N. 3).

6a) Das **Verhältniß** zwischen „körperlicher Mißhandlung" und „Gesundheitsbeschädigung" ergiebt aus den N. 2—5 sich von selbst. Beide Begriffe stehen selbständig sich gegenüber; eine körperl. Mißhdlg. kann zwar gleichzeitig eine Beschädigung an der Gesundheit sein, sie braucht solches aber nicht zu sein, wie z. B. meist ein Schlag oder ein Stoß mit der Hand eine Gesundheitsbeschädgg. nicht mit sich führt; auf der anderen Seite kann aber auch eine Gesundheitsbeschädgg. auf andere Weise als durch eine körperl. Mißhdlg. herbeigeführt sein, wie z. B. durch eine syphilitische Ansteckung; Rüd.-St. N. 2. Unrichtig ist es hiernach, wenn Geyer HH. **3** 534, **4** 366 N. 2 u. v. Liszt S. 326 das Verhältniß beider Arten der Körperverlzg. (s. u. N. 7) lediglich negativ bestimmen wollen, und zwar jener dahin, daß „zur **Mißhandlung** alle dolosen, Schmerz, körperliches Uebelbefinden oder Unbehagen verursachenden Thätlichkeiten gehören, welche **nicht** Gesundheitsbeschädggen sind", dieser umgekehrt dahin, daß die „**Gesundheitsbeschädigung** alle Fälle der Körperverl. umfasse, welche **nicht** Mißhdlg. seien" (s. o. N. 3_3); ähnlich wie letzterer Hälschner **2** 84 f., nur daß dieser noch positiv von der Mißhdlg. im Unterschiede von der Gesundheitsbeschädgg. verlangt, daß sie „nur einen Schmerz von momentaner Bedeutung zur Folge habe" (s. o. N. 4a). Unrichtig ist es ferner, wenn v. Kries G. **25** 44 den Unterschied lediglich „quantitativ" dahin auffaßt, daß die Gesundheitsbeschädggen die erheblichen, die Mißhdlgen die geringfügigen Verletzungen bezeichneten, oder wenn er gar S. 42 die Ansicht vertritt, daß jene beiden Begriffe überhaupt keine gesetzlichen seien; denn wenn das Gesetz selbst auch nicht definirt, was unter „körperl. Mißhdlg." und was unter „Gesundheitsbeschädgg." verstanden werden solle, so läßt doch, wie gezeigt, eine positive Abgrenzung dieser beiden im § 223 verwertheten Begriffe sich gewinnen. Hdlgen, welche weder unter den einen, noch unter den anderen sich bringen lassen, können daher als Körperverlzgen i. S. des Abschn. 17 nicht angesehen werden; aM. H. Meyer S. 529, insbs. N. 9, der jede Substanzverletzung des Körpers als solche, auch wenn sie weder Mißhdlg. i. e. S. noch Gesundheitsbeschädgg. ist, dennoch i. S. des Gesetzes als Körperverlzg., und zwar speziell als Mißhdlg. i. w. S., bestrafen will, während er andererseits ebenda N. 12 betont, daß nicht die weitere, sondern die engere Bedeutung von Mißhdlg. in Betracht käme (s. o. N. 4b).

b) Die Frage, ob körperl. Mißhdlg. oder Gesundheitsbeschädgg. anzunehmen sei, ist namentl. bei dem praktisch häufiger vorgekommenen **Zopfabschneiden** erörtert worden. Während das Ausreißen von Haaren zweifellos eine Mißhdlg. ist, das Abschneiden der Haare mittels eines Messers meist eine solche sein wird (vgl. Dresden 25. März 72 SächsGZ. **16** 247), kann das — heimliche — Abschneiden eines Zopfes mittels einer Scheere nur unter Umständen als eine Mißhdlg. sich darstellen, allerdings in jeder der N. 4**a** u. b charakterisirten Arten; ist der durch das Abschneiden des Zopfes herbeigeführte Verlust an Haaren so bedeutend, daß die derselben beraubte Frauensperson ein körperl. Mißbehagen empfindet oder, wenn auch nur vorübergehend, entstellt erscheint, so ist eine körperl. Mißhdlg. anzunehmen. Das Zopfabschneiden kann aber auch nach Lage der Sache eine Gesundheitsbeschädgg. sein, dann nämlich, wenn der Verlust der Haare (nicht etwa die dadurch hervorgerufene Gemüthsbewegung) eine Krankheit, z. B. eine Erkältung oder einen nervösen Kopfschmerz verursacht (wegen der Konkurrenz von Diebstahl vgl. § 242 N. 37d). So jetzt auch Mittelstein G. **34** 177; im übrigen divergiren die Ansichten sehr; vgl. Oppenh. N. 18

u. v. Schwarze S. 622, welche nur negativ ein das Wohlbefinden nicht beeinträchtigendes Zopfabschneiden nicht für eine Mißhdlg., bzw. ersterer auch nicht für eine Gesundheitsbeschädgg., erachten; Merkel HRl. „Körperverl." findet im Zopfabschneiden „an sich" keine Körperverltzg., da dasselbe weder die Merkmale einer Gesundheitsbeschdbgg. noch die einer Mißhdlg. habe, während umgekehrt v. Liszt S. 325 u. H. Meyer aO. nicht anstehen, das Zopfabschneiden wegen der herbeigeführten Verletzung der Substanz des Körpers stets als Körperverltzg. zu bestrafen; aus demselben Grunde sieht Herbst G. 26 35 stets in dem Zopfabschneiden eine Beschädigung der Gesundheit, während Geyer HH. 4 364 sie für eine Mißhdlg. erachtet; ebendieses thut ausnahmsweise (s. o. N. 4a) Hälschner 2 85 N. 3, obwohl das Haarabschneiden an sich keinen Schmerz verursache.

7) „Körperverletzung" begreift nach der durch § 223_1 eingeführten Terminologie sowohl den Fall einer „körperl. Mißhdlg." als auch denjenigen einer „Beschädigung an der Gesundheit". Diese Terminologie ist nach doppelter Richtung unzutreffend und dem gewöhnlichen Sprachgebrauch widersprechend; denn einmal giebt es Mißhdlgen — und Gesundheitsbeschädggen —, welche keine oder wenigstens keine nachweisbaren Verletzungen des Körpers des Gemißhandelten oder Beschädigten zurücklassen, dann aber werden unter Beschädigungen an der Gesundheit nicht nur solche des Körpers, sondern auch solche des Geistes verstanden.

Aus demjenigen, was in N. 6 über das Verhältniß der „körperlichen Mißhdlg." zur „Gesundheitsbeschädgg." bemerkt wurde, erhellt übrigens, daß mit dem Ausdruck „vorsätzliche Körperverltzg." ein Mischthatbestand bezeichnet wird und daß jene beiden Arten der Körperverltzg. keineswegs bloße Modalitäten einer strafb. Hdlg. sind. Hiernach ist eine alternative Feststellung für unzulässig zu erachten; vgl. § 47 N. 29.

Während im § 223_1 die strafb. Hdlg. selbst „Körperverletzung" genannt wird, bezeichnet dieser Ausdruck an anderen Stellen des StGB. (vgl. §§ 224 N. 1, 230) den durch die Strafthat verursachten Effekt und zwar meist in Anlehnung an § 223_1 sowohl die körperl. Mißhdlg. als auch die Gesundheitsbeschädgg. im objektiven S.

8) Die vorsätzl. Körperverltzg. ist ein Kommissivdelikt, kann aber, wie die vorsätzl. Tödtung (§ 211 N. 3), den allgemeinen Grundsätzen entsprechend (§ 1 N. 3a) auch durch eine Unterlassung verübt werden; so die GM., insbs.: RG. I 14. Feb. 84 E. 10 100, Dresden 25. März 78 St. 8 163. Niemals aber kann das Verg. durch eine reine Unterlassung begangen werden; vgl. Wolfenbüttel 9. Feb. 77 St. 7 207.

9) Die Rechtswidrigkeit der Hdlg. ist, gleichwie bei den vorsätzl. Tödtungsdelikten (§ 211 N. 4), die selbstverständliche Voraussetzung einer jeden strafb. vorsätzlichen Körperverletzung; so die GM., insbs.: RG. III 14. Apr., II 22. Okt. 80, III 9. Apr., I 29. Sept. 81, II 18. Dez. 83, E. 2 10, 376, 4 98, 5 129, 9 302, München 5. Feb. 76 St. 6 283 sowie Berlin 16. Apr. 78 O. 19 224, btr. eine zur Wahrung des Hausrechtes bei einem Hausfriedensbr. vorgenommene Körperverltzg.; aM. Rubo N. 5.

Es gelten hiernach die entsprechenden Ausführungen über den Ausschluß der Rechtswidrigkeit bei den vorsätzl. Tödtungsdelikten im wesentlichen auch hier, nur ist abweichend auf Grund des Zusammenhanges der Bestimmungen des StGB. anzunehmen, daß die Rechtswidrigkeit auch durch die Einwilligung des Verletzten ausgeschlossen werde (vgl. Th. I Abschn. 4 N. 10). Die Geltung des Satzes „volenti non fit injuria" ist zwar gerade bei Körperverltzgen sehr bestritten (vgl. v. Wächter S. 190 u. GS. 20 1), allein während die Natur gewisser Delikte der Anwendung jener Regel geradezu widerstrebt, läßt solches von der Körperverltzg. sich nicht sagen; im Gegentheil ist die völlige Versagung ihrer Anwendbarkeit auf alle Körperverltzgen entschieden dem allgemeinen Rechtsbewußtsein zuwider, so wenig dieses freilich billigt, daß auch schwere Körperverltzgen (§§ 224, 225) in Folge ertheilter Einwilligung des Verletzten straflos bleiben. Zunächst ist hervorzuheben, daß die Bestimmungen der §§ 223 ff. nur im Interesse des unmittelbar betroffenen Individuums gegeben sind, wie daraus hervorgeht, daß nur die Körperverltzg. „eines Anderen" bestraft wird (N. 1); die Vorschrift des § 142_1, wonach ausnahmsweise die „Selbstverstümmelung" strafbar ist, bestätigt lediglich die Regel. Bei dieser Sachlage kann bei dem Schweigen

des Gesetzes über die Strafbarkeit einer mit Einwilligung des Verletzten erfolgenden Körperverltzg. konsequenter Weise nur angenommen werden, daß dasselbe bei vorliegender Einwilligung die Rechtswidrigkeit für ausgeschlossen erachte. Dazu treten einige Spezialbestimmungen des StGB., vor allen der bereits cit. § 142, nach dessen Abs. 2 die körperl. Verletzung eines Anderen sogar bei vorliegendem „Verlangen" desselben bestraft wird, aber unter Umständen, die solches im staatlichen Interesse ausnahmsweise erfordern; es wird hier aber nicht, wie im § 216 (N. 1₂) bei der Tödtung auf Verlangen, der mildeste Fall der Tödtung eines Einwilligenden unter eine privilegirte Strafandrohung gestellt, sondern offenbar der — nach Ansicht des Gesetzgebers — allein eine Bestrafung erheischende Fall überhaupt kriminalisirt. Wenn ferner § 216 bei den Tödtungsverbr. in dem Verlangen des Getödteten den Grund für eine bedeutende Strafmilderung sieht, so würde die völlige Ignorirung des Verlangens bei der Körperverltzg. damit wenig harmoniren, endlich würde bei der entgegenstehenden Ansicht die schwere Körperverltzg. eines Einwilligenden nach den §§ 224 f. bedeutend härter zu bestrafen sein als der — die schwersten, in Tödtungsabsicht vorgenommenen, Fälle der Körperverltzg. einschließende — Versuch der Tödtung aus § 216, falls der Versuch dieses Verg. überhaupt strafbar wäre (das. N. 5). Man hat deshalb durch die Einwilligung des Verletzten den Ausschluß der Rechtswidrigkeit in allen Fällen der Körperverltzgen des Abschn. 17 anzunehmen und sind daher bei vorliegender Einwilligung auch die gefährliche und die schwere Körperverltzg. für straflos zu erachten. So: Binding 1 724, v. Wächter S. 190, Puchelt Abschn. 17 N. c, v. Schwarze S. 163, Ortmann, Zimmermann, G. 25 119, 29 441, Sontag Krit. Vierteljahrschr. 19 19, Kronecker GS. 35 219 f., Keßler Einwillig. d. Verl. S. 73, Rödenbeck Zweikpf. S. 38, 47 N. 56 u. GS. 37 140. AM.: RG. I 15. Nov. 80, III 22. Feb. 82, E. 2 442, 6 61, Hälschner 1 471, 2 91, v. Liszt S. 327, Oppenh. N. 2, Rüd.-St. N. 9, Breithaupt Volenti non fit inj. S. 64, welche trotz Einwilligung durchweg Strafbarkeit annehmen. Eine Mittelmeinung (so auch die 1. Aufl.) dahin, daß die Einwilligung die Rechtswidrigkeit nur bei leichten bzw. „ganz geringfügigen" Körperverltzgen ausschließe, vertreten: Geyer 2 17 f. u. GS. 26 280 (früher HH. 3 555 unbedingte Strafbarkeit), Merkel S. 170 u. HRl. „Körperverl.", Schaper HH. 2 130, während H. Meyer S. 319 N. 32, 33 i. S. des geltenden Gesetzes bei leichten u. gefährl. Körperverltzgen Ausschluß der Strafbarkeit durch Einwilligung annimmt.

Bei den im ärztlichen Berufe vorgenommenen Operationen reicht der Gesichtspunkt der Einwilligung, den Sontag aO. S. 20 u. Keßler aO. S. 77 ausschließlich aufstellen und den hier ausnahmsweise auch Hälschner 1 471 gelten läßt, nicht aus; vgl. H. Meyer S. 323 u. namentl. Binding 1 802 (oben Th. I Abschn. 4 N. 9d). Heß Ehre S. 55 N. 4 erachtet hier überhaupt das Vorliegen einer Körperverltzg. für ausgeschlossen.

10) Die Inanspruchnahme eines Züchtigungsrechtes — vgl. über dasselbe in seiner strafrechtl. Bedeutung: Hubrich GS. 46 161 ff. — auf Seiten des Thäters sieht die GM. mit Recht als ein Bestreiten der Widerrechtlichkeit der Hdlg. an; so insbs.: RG. II 18. Dez. 83 E. 9 302, III 3. März 87 R. 9 165, Dresden 3. Nov. 73, 18. Sept. 76, München 17. Apr. 75, 5. Feb. 76, St. 3 330, 7 101, 5 68, 6 283. Dagegen hält Rubo N. 5 konsequenter Weise (s. o. N. 9) die Berufung auf ein Züchtigungsrecht für unzulässig.

a) Ob Jemandem ein Züchtigungsrecht zustehe und ev. unter welchen Modalitäten, ist in der Regel auf Grund des betreffenden Landesrechtes zu beurtheilen, da an reichsgesetzlichen Normen (abgesehen vom HGB. Art. 65) nur §§ 127, 128² der GewerbeO. in Betracht kommen, wonach die Lehrlinge (nach § 154 das. aber nicht diejenigen in Apotheken und Handelsgeschäften, auf welche die Vorschrift auch nicht analog angewendet werden kann; Binding 1 799 N. 29) unterworfen sind der „väterlichen Zucht" des „Lehrherrn", worunter auch dessen Stellvertreter zu verstehen ist, da sonst der Ausdruck „Geschäftsherr" gewählt sein würde (Berlin 15. Dez. 75 O. 16 799); die SeemannsO. schließt im § 79₁ „körperl. Züchtigung" ausdrücklich von den Disziplinarmitteln des Schiffers gegenüber dem Schiffsmann aus. Uebrigens brauchen die Normen des Landesrechtes über ein Züchtigungsrecht nicht ausdrückliche zu sein, derartig daß aus ihrem Fehlen die Negative zu folgern wäre; so das cit. RG. 3. März 87 speziell btr. des Züchtigungsrechtes der Lehrer (s. u. γ),

welches vielmehr aus dem Erziehungsrechte derselben, insoweit die von der Schule verfolgten Erziehungszwecke die Anwendung von Zuchtmitteln erheischten, von selbst folge, ferner I 1. Feb. 90 E. **20** 371 (verneinend, daß in Elf.Lothr. den Religionsdienern als solchen ein Züchtiggsr. gg. minderj. Theilnehmer am Gottesdienste zustehe). Während aber ferner **RG.** II 29. März 87, III 18. Apr. 87, E. **15** 376, **16** 34 den Satz aufgestellt hatten, daß das Züchtigungsrecht des Lehrers kein subjektives Recht im S. des Civilrechts, sondern vielmehr eine Amtsbefugniß sei und als solche der Bestimmung der Gesetze und den den Gesetzen entsprechenden Amtsinstruktionen des Beamten unterliege (wogegen namentl. Keßler GS. **41** 167 ff. sich wendet; vgl. aber gg. diesen wieder Stenglein GS. **42** 1 ff.), erklärt nunmehr III 3. Juni 89 E. **19** 265 mit Recht zwar die Annahme, daß unter dem maßgebenden Landesrechte nur die Landesgesetze i. e. S. verstanden werden dürften, für unhaltbar, indem die auf das Aussprechen allgemeiner Grundsätze hinsichtlich der Schulzucht sich beschränkenden Landesgesetze deren nähere Bestimmung und Ausführung der zuständigen Landesverwaltungsbehörde im Wege des ihr verfassungsmäßig zustehenden Verordnungsrechtes überließen, führt dann aber zutreffend weiter aus, daß „nicht schon jede, irgendwie die Ausübung des Züchtigungsrechtes betreffende Anordnung irgend einer mit Uebung der Schulzucht betrauten Instanz“ eine landesrechtl. Normirung der Grenzen des statthaften Züchtigungsrechtes im obigen S. enthalte; demgemäß wird in concreto nicht nur verneint, daß eine „mündlich ertheilte Instruktion eines Bezirksschulinspektors“ das Züchtigungsrecht objektiv beschränken könne, sondern namentl. auch in die Untersuchung eingetreten, ob eine Instruktion, welche von einer zum Erlaß spezieller Bestimmungen über Umfang und Art der Ausübung des Züchtigungsrechtes an sich zuständigen Behörde gegeben worden, thatsächlich in Ausübung jenes Verordnungsrechtes erlassen sei, und die Frage dahin beantwortet, daß die Instruktion (i. c. die vom Herzogl. Gothaischen Staatsministerium an die Bezirksschulinspektoren erlassene v. 1. Juli 1870) nur auf interne Verhältnisse der Schulaufsicht sich beziehe und nur Direktiven ertheile für zweckentsprechende Ausübung des Züchtigungsrechtes innerhalb der demselben vom Schulgesetze gezogenen Grenzen. Der hiermit eingenommene Standpunkt erscheint als der richtige; vgl. übrigens auch das nach Aufhebung der in Pr. erlassenen Instruktionen ergangene **RG.** II 14. Juni 92 E. **23**.

Ein Züchtigungsrecht, das vom Berechtigten auf einen Anderen übertragbar ist (**RG.** III 11. Jan. 82 R. **4** 38), ist auf Grund des btr. Landesrechts in der Praxis

I. zugesprochen:

α. dem Stiefvater gegen die Stieftochter; Stuttgart 7. Okt. 74 St. **4** 151;

β. dem Ehemann gegen die Ehefrau (nach BayerLR. I 6 § 12[2,3]); München 17. Apr. 75 St. **5** 68;

γ. dem Lehrer gegen seine Schüler (vgl. Ortloff Ueberschreitungen d. Züchtiggsr. — Neuwied, Leipzig 1891); so das **RG.** in zahlreichen Entsch., insbs.: I 29. Sept. 81, 21. Nov. 89, 10. Dez. 91 (Württemberg), 24. Nov. 81 (Nieder-Bayern), 30. Juni 81 (Bayern Unterfranken), E. **5** 129, **20** 93, **22** 264, **5** 193, R. **3** 451; II 14. Juni 92 (s. o.), 18. Dez. 83, 29. März 87 (Ost- u. Westpreußen), E. **9** 302, **15** 376; III 14. Apr. 80 (Lippe), 3. März 87 (Sachsen-Weimar), 18. Apr. 87 (Schleswig-Holstein), 1. Dez. 87 (Hamburg), 3. Juni 89 (Gotha), E. **2** 10, R. **9** 165, E. **16** 34, R. **9** 686, E. **19** 265; ferner: Berlin 15. März 77 O. **18** 230, Dresden 18. Sept. 76 St. **7** 101. Uebrigens erstreckt die Schulzucht sich nicht, auch nicht soweit es um Vorkommnisse während der Schulzeit sich handelt, auf die aus der Schule bereits entlassenen Kinder; **RG.** I 17. Nov. 83 E. **9** 204;

δ. dem Schulvorstande und dessen Vorsitzenden gegen die Schüler; cit. **RG.** 17. Nov. 83;

II. abgesprochen der Dienstherrschaft gegen das Gesinde nach PrGesindeO. v. 8. Nov. 1810 § 77; **RG.** I 12. Apr. 80 E. **2** 7 (s. jedoch u. N. 13_2); ferner dem Ehemanne gegen die Ehefrau nach PrALR. insbs. II 1; **RG.** IV 18. Sept. 85 E. **12** 368.

b) Ist im Einzelfalle anzunehmen, daß dem Thäter gegen den Verletzten im allgemeinen ein Züchtigungsrecht zugestanden habe, so kommt zunächst in Frage, ob die Körperverltzg. in Ausübung des Züchtigungsrechtes — also zum Zwecke der Erziehung — oder

zu einem anderen Zwecke (wenn auch vielleicht unter dem Vorwande der Ausübung des Züchtigungsrechtes) geschah; **RG.** III 3. März 87 R. **9** 165, Binding **1** 798, Merkel S. 297.

c) Ist eine Hdlg. in Ausübung des Züchtigungsrechtes begangen, so ist dadurch eine Bestrafung wegen Körperverltzg. ausgeschlossen, wenn nicht ausdrücklich eine Ueberschreitung desselben festgestellt wird. Sobald jedoch in Folge der Ueberschreitung der Grenzen, welche das Reichs- bzw. Landesrecht in dem oben unter a dargelegten Sinne dem Züchtigungsrecht auflegt, die objektive Widerrechtlichkeit einer Körperverltzg. vorliegt, hat kriminelle Bestrafung einzutreten und zwar je nach der subjektiven Willensrichtung (s. u. d.) wegen vorsätzlicher oder wegen fahrlässiger Körperverltzg. Das ist auch der Standpunkt, den das **RG.** in vielen der oben unter I a γ citt. Entscheidungen eingenommen hat; vgl. insbs. **RG.** III 3. Juni 89 E. **19** 265.

Eine Ueberschreitung des Züchtigungsrechtes ist wesentlich in drei Richtungen denkbar:

α) Der Exceß kann verübt werden durch Außerachtlassung der Voraussetzungen des Züchtigungsrechtes, so z. B. wenn seitens des Lehrers die erforderliche Zustimmung der Oberbehörde nicht eingeholt ist. Ein solcher Exceß liegt aber nicht vor, wenn der Lehrer bei Beurtheilung der Frage, ob hinreichender Anlaß zur Züchtigung vorliege, irrt; **RG.** I 21. Nov. 89 E. **20** 93.

β) Der Exceß kann ferner liegen in der Ueberschreitung des zulässigen Maßes (nicht aber in der vielleicht unangemessenen Anwendung des an sich zulässigen Maßes; vgl. des cit. **RG.** 21. Nov. 89); so verbietet z. B. die PrKabO. v. 14. Mai 1815 Nr. 4, 5 die Schulzucht „bis zu Mißhdlgen, die der Gesundheit des Kindes auch nur auf entfernte Art schädlich werden können." In Ermangelung positiver Vorschriften ist für das Maß des Züchtigungsrechtes sein der Erziehung dienender Zweck bestimmend, weshalb die Züchtigung niemals in einer Gesundheitsbeschädigg. bestehen darf; Binding **1** 798. Dementsprechend **RG.** III 3. März 87 R. **9** 165 speziell btr. des Züchtigungsrechtes der Lehrer, dessen Grenze in Ermangelung ausdrücklicher Bestimmungen je nach der konkreten Sachlage unter Berücksichtigung dessen zu bestimmen sei, was eine vernünftige Schulzucht erfordere. Uebrigens reicht die bloße Thatsache des Eintritts einer Gesundheitsbeschädgg. keineswegs zur Annahme einer Ueberschreitung des Züchtigungsrechtes hin; dieselbe bildet vielmehr nur ein Indiz dafür; v. Schwarze S. 626 u. GS. **29** 609 u. demselben beitretend Binding aO. N. 25.

γ) Endlich kann noch in Frage kommen, ob ein Exceß hinsichtlich der Art der Vollziehung der körperlichen Züchtigung, insbs. hinsichtlich des gebrauchten Züchtigungsmittels bzw. der Anwendung desselben, anzunehmen sei; eine unbedingte Verneinung, wie v. Schwarze aO. sie wenigstens in letzterer Beziehung giebt, erscheint nicht statthaft, vielmehr wird entscheidend sein, ob dem Züchtigungsrechte auch in jenen Beziehungen gesetzliche oder durch Instruktionen ꝛc. nur disziplinarische Schranken gezogen sind; vgl. GS. **29** 606. Während im letzteren Falle eine strafrechtlich zu ahndende Ueberschreitung des Züchtigungsrechtes nicht würde angenommen werden können (vgl. Keßler GS. **41** 186 sowie jetzt das o. zu a cit. **RG.** III 3. Juni 89), ebensowenig, wie bei einer unangemessenen Anwendung einer an sich zulässigen Züchtigungsart, so muß solches doch im ersteren Falle geschehen; so **RG.** I 29. Sept. 81 E. **5** 129, 21. Nov. 89 (s. o.), btr. die Nichteinhaltung der auf Grund gesetzlicher Ermächtigung erlassenen Verfügung des Württemb. Ministeriums des Kirchen- u. Schulwesens vom 22. Mai 1880, wonach Lehrer nur zu einer bestimmten Anzahl von Streichen auf die innere Handfläche bzw. das Gesäß befugt sind; vgl. auch **RG.** I 24. Nov. 81 E. **5** 193 btr. die in Nieder-Bayern über die Züchtigungsbefugniß der Lehrer bestehenden Vorschriften. Uebrigens hat das unter a cit. **RG.** 17. Nov. 83 einem Schulkinde gegenüber die Züchtigung mittels Reitpeitsche aufs Gesäß im allg. nicht für eine unzulässige Züchtigungsart erachtet.

d) Als vorsätzliche Körperverltzg. (wegen fahrlässiger vgl. § 230 N. 3 a) kann mit Rücksicht auf den erforderlichen Dolus (s. u. N. 11) eine Ueberschreitung des Züchtigungsrechtes nur dann bestraft werden, wenn sie wissentlich, d. h. im Bewußtsein der Widerrechtlichkeit, geschah; so die GM., insbs.: **RG.** III 14. Apr. 80 (welches sich über die wesentlich in Betracht kommenden Fragen verbreitet), 29. Sept. 81, 3. Juni 89, 30. Juni 81,

1. Dez. 87, E. **2** 10, **5** 129, **19** 265, R. **3** 451, **9** 686, II 18. Dez. 83, 16. Apr. 89, E. **9** 302, **19** 136, Stuttgart 7. Okt. 74, Dresden 23. Apr. 77, St. **4** 151, **7** 298.

e) Eine disziplinarische Bestrafung (s. o. c7) kann in Frage kommen, sowohl wenn die Zulässigkeit einer kriminellen Bestrafung verneint werden muß (RG. III 3. Juni 89 E. **19** 265, insbs. S. 270 f.), als auch wenn kriminelle Bestrafung erfolgt ist.

11) Für den Dolus einer jeden vorsätzl. Körperverltzg. ist das Wissen und Woller eines widerrechtlichen auf die Herbeiführung einer Körperverltzg. in dem oben erläuterten S. gerichteten Angriffes gegen einen Anderen erforderlich; vgl. deshalb o. N. 10d bei Ausübung des Züchtigungsrechts; aM. Rubo N. 6, insofern er das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit für bedeutungslos erachtet. Ueber die Frage, ob der Dolus bei einzelnen Arten der qualifizirten Körperverletzg. ein weiter gehender sei, vgl. §§ 223a N. 12, 224 N. 12, 225 N. 2.

Selbstverständlich genügt auch hier ein dolus eventualis in dem § 59 N. 6 erläuterten S.; daß ein solcher vorliege, wird bei einer syphilitisch Kranken, welche in Kenntniß ihrer Krankheit den Beischlaf vollzieht, meist anzunehmen und deshalb bei eingetretener Ansteckung vorsätzl. Körperverltzg. indicirt sein; überwiegend wird hier nur fahrl. Körperverltzg. angenommen. Noch weniger kann das Vorliegen des Dolus bezweifelt werden, wenn der Thäter die verletzende Hdlg., z. B. einen Schuß, gegen mehrere Personen richtete mit der Absicht, alle oder eine von diesen zu treffen; Berlin 22. Jan. 75 St. **4** 348. Selbstverständlich schließt auch ein error in objecto (persona) den Dolus nicht aus; München 19. Juli 72 St. **2** 375.

Der durch die Hdlg. verfolgte Zweck ist gleichgültig, namentl. braucht die Zufügung eines körperl. Mißbehagens, die Beeinträchtigung der körperl. Unversehrtheit zc. nicht der verfolgte Endzweck zu sein; so die GM., insbs.: RG. II 31. Jan. 82 R. **4** 97, Berlin 6. Mai, 20 Okt., 20. Nov. 74, O. **15** 280, 694, 806.

Deshalb ist auch an sich der Beweggrund gleichgültig, so insbs. ob die Körperverltzg. „aus Scherz" vorgenommen wurde, wenn auch der Scherz häufig das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ausschließen wird (unvereinbar sind beide aber keineswegs [vgl. § 185 N. 17]; so Oppenh. N. 21; aM. Herbst G. **26** 39), oder ob sie seitens eines Lehrers gegenüber einem Schüler geschah, „um den Zwecken der Schule zu dienen"; RG. I 29. Sept. 81, 21. Nov. 89, E. **5** 129, **20** 93.

12) Wegen mangelnden Dolus ist eine vorsätzl. Körperverltzg. namentl. in folgenden Fällen für ausgeschlossen zu erachten:

a. bei einer aberratio ictus, weil die dem A. thatsächlich zugefügte Körperverltzg. dem B. zugedacht war, folglich die That nicht mit dem Vorsatz des Thäters übereinstimmte; RG. II 28. Sept. 80, I 14. Feb. 81, E. **2** 335, **3** 384;

b. bei fehlendem Bewußtsein, daß die Hdlg., z. B. ein Anspeien, geeignet sei, eine Körperverltzg., speziell ein körperl. Mißbehagen herbeizuführen;

c. bei der irrthümlichen Annahme, daß gegenüber dem Verletzten ein Rechtsverhältniß bestehe, welches an und für sich das Züchtigungsrecht begründen würde (§ 59 N. 25d); RG. III 9. Apr. 81 E. **4** 98; insofern kann ausnahmsweise (vgl. § 59 N. 26) ein error in persona von Erheblichkeit werden; RG. I 25. Apr. 89 E. **19** 179.

13) Liegt der objektive und subjektive Thatbestand einer vorsätzl. Körperverltzg. vor, so haben die Vorschriften des RStGB. Anwendung zu finden und kommt nach EG. § 2 entgegenstehenden Landesgesetzen, namentl. solchen, nach denen Ueberschreitungen des Züchtigungsrechtes, wenn sie nicht zu „eigentlichen Verletzungen oder Gesundheitsbeschädigungen" führen, nur mit Disziplinarstrafen belegt werden sollen, Geltung nicht zu; RG. III 14. Apr. 80 E. **2** 10 (bezügl. des Fürstl. Lippischen G. über d. Volksschulwesen v. 11. Dez. 1849 § 95), 3. März 87 R. **9** 165, Binding **1** 279; vgl. jedoch außer dem o. N. 10a cit. Aufsatz von Keßler ferner Seitz MagfDR. 8 288 ff.

Auch darf die Verfolgung der nach dem StGB. strafb. Körperverltzgen gegenüber dem EGzStPO. § 6, bzw. dem EGzGVG. § 11 nicht mehr unterbleiben, und ist deshalb beispielsweise die PrKabO. v. 14. Mai 1825 Nr. 6, insofern als dort die „Bestrafung im ge-

richtlichen Wege" wegen gewisser gelinder Ueberschreitungen des Züchtigungsrechtes untersagt ist, für aufgehoben zu erachten; so RG. II 18. Dez. 83 E. 9 392; aM. Rüd.-St. N. 3. Aus dem gleichen Grunde kann aber auch die Vorschrift der PrGesindeO. § 77, wonach die Dienstherrschaft, welche im Zustande einer durch Ungebührlichkeiten des Gesindes schuldhaft hervorgerufenen Aufregung zu leichten Thätlichkeiten sich hinreißen läßt, dieserhalb von „gerichtlicher Ahndung" befreit sein soll, nicht mehr für gültig erachtet werden; so Hubrich GS. 46 229; aM. das o. N. 10a II cit. RG. 12. Apr. 80.

14) Wegen gleichartiger Idealkonk. durch die Körperverltzg. mehrerer Personen mittels einer und derselben Hdlg. vgl. § 73 N. 2, 16, 19. Die Verletzung verschiedener Personen durch verschiedene Akte wird bei der Eigenthümlichkeit des Delikts selbst dann als Realkonkurrenz (§ 74) aufzufassen sein, wenn der Streit ununterbrochen verlief; vgl. § 73 N. 10 IIa.

15) Das Verhältniß der vorsätzlichen Körperverletzung zu anderen strafb. Hdlgen kommt, abgesehen von dem Ausschlusse einer Idealkonk. mit fahrl. Körperverltzg. (§ 73 N. 17_2), besonders in Frage:

a. beim Verbr. aus § 94; insofern die Körperverltzg. mittels einer „Thätlichkeit" i. S. einer körperlichen Einwirkung auf den Körper des Anderen begangen wird, kann Idealkonk. (§ 73) stattfinden; § 94 N. 2_2, 6d; vgl. Schütze S. 395 N. 3;

b. beim Verg. aus § 113; führt der „durch Gewalt geleistete Widerstand" bzw. der „thätliche Angriff" überhaupt zu einer körperlichen Berührung des Gegners (§ 113 N. 23a, 25), so wird meist Idealkonk. mit vorsätzl. Körperverltzg. stattfinden; so Binding 1 365 N. 5, u. Meves N. 8 (letzterer jedoch abweichend § 223 N. 9 u. HH. 4 312, weil der Widerstd. gegen die Staatsgewalt begrifflich Körperverltzg. verlange);

c. beim Verbr. aus § 118; Idealkonk. ist denkbar; § 118 N. 5;

d. bei den Verbr. aus §§ 176[1], 177, insofern dieselben „mit Gewalt" oder „durch Gewalt", verübt an einer Frauensperson, begangen werden; der Thatbestand dieser strafb. Hdlgen umfaßt zwar in seiner Vollendung nothwendig den Thatbestand einer „körperl. Mißhandlung", nicht aber denjenigen einer „Beschädigung an der Gesundheit"; somit ist der Thatbestand der Verbr. aus §§ 176[1], 177 nur gegenüber jener, nicht aber gegenüber dieser Art der Körperverltzg. der speziellere (vgl. § 73 N. 12b), und kann deshalb zwar nicht mit jener, wohl aber mit dieser Idealkonk. stattfinden; vgl. Meves N. 9; dagegen nimmt Habermaas Idealkonk. S. 56 unbeschränkt Idealkonk. mit vorsätzl. (o. fahrl.) Körperverltzg. an;

e. bei der qualifizirten „mittels einer Thätlichkeit begangenen Beleidigung" aus § 185 (das. N. 9); mittels der gegen den Körper eines Anderen gerichteten „Thätlichkeit" kann jedenfalls eine Körperverltzg. verübt werden, so daß, da der Dolus beider Verg. nicht ein solcher ist, daß der eine den anderen ausschließt, Idealkonk. zwischen beiden Delikten denkbar ist, sie findet aber nur dann statt, wenn — außer dem objektiven Thatbestande — wirklich der Dolus beider Delikte vorliegt; deshalb ist sie ausgeschlossen einerseits, falls der Thäter, welcher beleidigen wollte, sich garnicht bewußt war, daß die Hdlg., z. B. ein Anspeien oder eine gelinde Ohrfeige, gleichzeitig objektiv eine Körperverltzg., andererseits, falls er sich nicht bewußt war, daß die verübte Mißhdlg. zugleich objektiv eine Ehrenkränkung enthalte; so im wesentlichen die GM., insbs. Dresden 20. Okt. 71 St. 1 117; vgl. jedoch einerseits Berlin 13. Juni 73 St. 2 353, woselbst lediglich die objektive, andererseits Wolfenbüttel 21. Nov. 76 St. 7 194, wo entgegengesetzt lediglich die subjektive Seite betont wird; abweichender Ansicht sind Oppenh. § 185 N. 17 sowie Rüd.-St. § 185 N. 12 insofern, als dieselben behaupten, der Dolus der Realinjurie umfasse „mit Nothwendigkeit" bzw. „thatsächlich" denjenigen der Körperverltzg.; nach v. Kirchmann N. 1 soll unter Ausschluß idealer Konkurrenz allein § 223 eintreten, sobald die That, mag auch die Absicht auf Beleidigung gerichtet sein, als Körperverltzg. sich darstelle; ähnlich Meves N. 5; nach Merkel S. 291, 297 sollen dagegen thätl. Beleidiggen, obgleich sie in der Regel die Merkmale einer Mißhdlg. enthalten, insoweit als das ideelle Moment der Beleidgg. als das überwiegende erscheine, bei der Körperverltzg. ausscheiden; vgl. übrigens § 230 N. 5_1;

f. bei dem Zweikampfe aus § 205; derselbe schließt die vorsätzliche Körperverltzg. in sich, so daß Idealkonk. nicht stattfindet; das. N. 2;

g. bei den vorsätzl. Tödtungsdelikten aus §§ 211 ff.; der Tödtungsvorsatz (§ 211 N. 3) schließt denjenigen der Körperverltzg. (N. 11) aus; denn da eine Tödtung anders als durch Gesundheitsbeschädgg. undenkbar ist, so fallen alle Körperverltzgen behufs Tödtung allein unter das Tödtungsverbot; die Norm wider Gesundheitsbeschädgg. ergreift deshalb nur den Rest der Gesundheitsbeschädggen, die Verletzungen der Gesundheit als solche; so: Binding 1 358 u. Normen 2 517, v. Wächter S. 340. Ist deshalb Idealkonk. wegen Subsidiarität der Normen (§ 73 N. 13bα) für ausgeschlossen zu erachten, so stimmt damit im Resultate die überwiegende Meinung überein, indem dieselbe annimmt, daß der Thatbestand der vorsätzl. Tödtung, als der engere (§ 73 N. 12), den der vorsätzl. Körperverltzg. ausschließe, weil in der Tödtungsabsicht die auf Herbeiführung einer Körperverltzg. gerichtete Absicht nothwendig enthalten sei; so: Berlin 22. Juni 75 O. 16 481, Schütze S. 395 N. 4, Blum N. 6, Meves N. 10, Oppenh. N. 21; aM.: Berlin 14. Dez. 76 O. 17 824, Thomsen GS. 30 99 u. Habermaas Idealkonk. S. 40, nach welchem Versuch des Mordes o. Todtschlages mit schwerer Körperverltzg. ideal soll konkurriren können;

h. bei der Aussetzung aus § 221; vgl. das. N. 13a;

i. bei den aus §§ 239, 240 strafb. Hdlgen; vgl. §§ 239 N. 12, 240 N. 14c;

k. beim Diebstahl aus § 242; vgl. das. N. 37d sowie o. N. 6b;

l. bei den aus §§ 249, 253 strafb. Hdlgen; vgl. §§ 249, 251, 253, 255;

m. bei der seitens eines Beamten verübten Körperverltzg. aus § 340; vgl. das. N. 6.

Leichte vorsätzliche Körperverletzung. N. 16—18.

16) Die aus § 223 strafb. Körperverltzg. heißt technisch „leichte vorsätzliche Körperverletzung“ (§ 232), eine Bezeichnung, die mit Rücksicht auf die Erheblichkeit mancher darunter fallender Körperverltzgen dem Sprachgebrauche keineswegs entspricht; John G. 25 411. Vgl. übrigens Abschn. 17 N. 2, 3.

Die leichte vorsätzl. Körperverltzg. zerfällt wiederum in eine einfache (Abs. 1) und in eine qualifizirte (Abs. 2), indem die Begehung der Hdlg. gegen „Verwandte aufsteigender Linie“ (§ 52 N. 18) einen straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 bildet (vgl. Abschn. 17 N. 2).

Die Anwendung des Abs. 2 ist nur begründet, wenn der Thäter den Verletzten als Verwandten gekannt bzw. erkannt hat (§ 59); so die GM.

17) Bei Idealkonk. mit § 113 (s. o. N. 15b) ist die Strafe aus § 223, als dem mit Rücksicht auf den zulässigen Höchstbetrag der Gefängnißstrafe schwereren Strafgesetze (§ 73 N. 29Ia), zu bemessen. Wegen Idealkonk. mit § 289 vgl. daselbst.

Wegen des Verhältnisses des § 223 zum § 227 vgl. das. N. 14, zum § 230 das. N. 5_2 sowie wegen desjenigen zum § 340, daselbst.

18) Die Strafe des einfachen Verg. (Abs. 1) ist wahlweise Gefängniß von 1 T.—3 J. (§ 16) oder Geldstrafe von 3—1000 M. (§ 27), die ordentliche Strafe des qualifizirten Verg. (Abs. 2) Gefängniß von 1 Mt.—5 J. (§ 16); wg. mild. Umst. vgl. § 228.

Wegen Buße, Strafantrag u. Aufrechnung vgl. §§ 231—233.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Wegen Zuständigkeit vgl. § 232 N. 7.

§. 223a.

Ist die Körperverletzung mittels einer Waffe, insbesondere eines Messers oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges, oder mittels eines hinterlistigen Ueberfalls, oder von Mehreren gemeinschaftlich, oder mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begangen, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter zwei Monaten ein.

PrStGB. (fehlt). Entw. I, II (fehlt).

Entw. d. StGN. Art. I § 223 Abs. 3. Aktenst. 1875/76 Nr. 54, 145, 150. StB. 1875/76 S. 801-805.

Vgl. § 228.

1) Wegen der vorsätzlichen Körperverletzungen im allgemeinen vgl. § 223 N. 1—15.

2) Die aus § 223a strafb. Körperverltzg. ist lediglich eine schwerere Qualifikation derjenigen aus § 223; RG. I 5. Feb. 80, 2. Nov. 82, E. 1 188, 7 199. Es konnte deshalb im § 223a mittels der Worte „die Körperverletzung" eine Bezugnahme auf den Thatbestand des § 223 stattfinden; v. Buri GS. 34 353. Der i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 straferhöh. Umst. ist die Gefährlichkeit der Hdlg., die entweder in dem Mittel, dessen der Thäter sich bedient, oder in der Begehungsart gefunden wird; in letzterer Beziehung hebt das Gesetz drei verschiedene Momente hervor: einen hinterlistigen Ueberfall, eine gemeinschaftliche Begehung und eine das Leben gefährdende Behandlung. Man bezeichnet die Körperverltzg. aus § 223a deshalb meist (vgl. auch das cit. RG. 2. Nov. 82) als gefährliche, ohne daß das Gesetz selbst dieser Benennung sich bediente. Darüber, daß die StGB. durch Aufstellung des Gesichtspunktes der Gefährlichkeit das frühere Eintheilungsprinzip verlassen hat, vgl. o. Abschn. 17 N. 2, 3.

3) Was zunächst die Körperverltzg. „mittels einer Waffe, insbesondere eines Messers oder anderen gefährlichen Werkzeuges" anbetrifft (N. 3—6), so beruht diese im § 367[10] wiederkehrende Wendung auf einem Beschlusse der RTkommission; so unlogisch (Berner S. 518 N. 1) oder wenigstens vom gemeinen Sprachgebrauche abweichend jene Ausdrucksweise ist, da nach jenem „Waffe" als Spezies unter den weiteren Begriff der gefährl. Werkzeuge fällt, so beweist doch nicht nur die gewählte Interpunktion — das Fehlen eines Kommas hinter dem Worte „Messer" (so Meves N. 3) — sondern namentl. die von dem Abg. v. Schwarze, als Berichterstatter, abgegebene Erklärung (StB. 1875/76 S. 802), daß in der That i. S. das § 223a „Waffe" der weitere alle „gefährlichen Werkzeuge" umfassende Begriff sein soll; so die GM., insbs. RG. III 10. März 80, II 31. März 82, R. 1 442, 4 298; aM.: Hälschner 2 94, das gefährl. Werkzeug sei der allgemeinere Begriff und daher seine Begriffsbestimmung von entscheidender Bedeutung, Merkel HH. 4 408, es liege eine „redaktionelle Nachlässigkeit" vor und sei hier der Begriff „Waffe" lediglich mit dem des gefährlichen Werkzeuges zu identifiziren.

4) Aus dem in N. 3 Bemerkten folgt von selbst, wie auch die GM., insbs. RG. I. 22. Nov. 88 R. 10 683 (gelegentlich), annimmt, daß bei den Worten „mittels einer Waffe" nicht die technische Bedeutung von „Waffe" in Betracht komme (vgl. deshalb § 127 N. 2a).

Nach v. Schwarze N. 2 (ebenso in der o. N. 3 erwähnten Erklärung als Referent), dem im wesentlichen Merkel HRl. „Körperverl.", Geyer HH. 4 371, Rubo N. 3 u. auch Berlin 22. Apr. 79 O. 20 220 sich angeschlossen haben, soll „jeder Gegenstand, mittels dessen durch mechanische Einwirkung auf den Körper eines Anderen eine Verletzung desselben herbeigeführt werden kann", als Waffe anzusehen sein. Hiergegen spricht aber, wie v. Kries G. 25 35 richtig bemerkt, die Fassung des Gesetzes, welche sonst eine viel kürzere hätte sein können und müssen; dieselbe erfordert nothwendig eine nähere Begrenzung des Begriffs, da anderenfalls jede Körperverltzg., die mittels irgend eines Gegenstandes, z. B. einer Stecknadel oder eines leichten Spazierstöckchens, zugefügt wäre, unter § 223a fallen würde, eine Annahme, die dem Gedanken, auf welchem § 223a beruht, zweifellos widerstreitet; so auch Hälschner 2 94 N. 1 u. v. Buri GS. 34 347.

Zur Begriffsbestimmung darf der Erfolg der Körperverltzg. nicht herangezogen werden; auch dieses würde dem klaren gesetzgeberischen Gedanken widersprechen, der die erhöhte Strafbarkeit in der objektiven Gefährlichkeit der Hdlg. sah und nicht in ihren Folgen. Man muß deshalb nach einem allgemeinen objektiven Merkmal suchen und wird solches in Anbetracht davon, daß Waffe i. e. S. ein zum Angriffs- oder Vertheidigungsmittel bei äußeren Kämpfen bestimmtes Werkzeug ist, darin finden dürfen, daß es ein objektiv geeignetes Angriffs- oder Vertheidigungsmittel gegen Menschen sein müsse, d. h. ein solches Mittel (vgl. Berner S. 518 N. 1), welches, zum Angriff auf oder zur Vertheidigung gegen einen Menschen angewendet, geeignet ist, demselben durch mechanische Einwirkung eine seine Kampffähigkeit vermindernde Körperverltzg. beizubringen. So im wesentlichen: RG. III 10. März, 15. Mai 80, R. 1 442, 781, II 8. Juli 81, 31. März 82, E. 4 397, R. 4 298 (zur Zufügung von Verletzungen, bzw. von erheblichen Verletzungen, geeignetes Werk-

zeug, bzw. ein Werkzeug, das seiner gewöhnlichen Wirkung nach geeignet sei, die menschl. Gesundheit zu gefährden und erhebliche Körperverletzungen hervorzubringen), Mannheim 17. Feb., 20. Okt. 77, St. 7 102, 8 166, v. Liszt S. 328 (jedes zur angriffs- o. vertheidigungsweisen Zufügung von Verletzungen auf mechanischem Wege geeignete Werkzeug), Merkel S. 298 u. HH. 4 408, H. Meyer S. 533, ähnlich v. Kries aO. S. 37 u. Rüd.-St. N. 2; dagegen begnügen Meves N. 3 u. Oppenh. N. 3 sich damit, daß der Gegenstand gesundheits- oder lebensgefährliche bzw. erhebliche Verletzungen hervorrufen könne. Insbs. gegen die, auch vom **RG**. vertretene, Auffassung, daß die Waffe zur Zufügung erheblicher Körperverltzgen geeignet sein müsse, wendet sich Geyer 2 19, weil das ein „undefinirbarer Begriff" sei; die Unbestimmtheit wird durch die obige Definition zu heben gesucht.

Hiernach können z. B. ein harter, scharfkantiger Stein, eine zerbrochene Literflasche, ein zugeklapptes Messer nach ihrer objektiven Art u. Beschaffenheit als „Waffen" i. S. des § 223a angesehen werden; vgl. Berlin 20. Apr., Stuttgart 24. Jan., 27. Sept. 76, St. 7 108, 299, 105.

5) Es fragt sich, wann die speziellere Feststellung (N. 3) „insbesondere mittels eines gefährlichen Werkzeuges" getroffen werden dürfe; denn für die Anwendung des § 223a ist an sich stets die allgemeinere Feststellung des Gebrauchs einer „Waffe" (N. 4) ausreichend.

Für die Frage, wann ein „Werkzeug" (§ 117 N. 12a) als ein „gefährliches" anzusehen sei, ist zunächst § 117 N. 12b zu vergleichen; im übrigen kommt die objektive Beschaffenheit des Werkzeuges in Betracht, nicht seine Anwendung im konkreten Falle; wollte man diese für Beantwortung der Frage maßgebend sein lassen, so würde man der gesetzgeberischen Intention entgegen (s. o. N. 4) das Vorliegen der „Gefährlichkeit" im Grunde nur nach dem Erfolge beurtheilen; so die GM., insbs.: **RG**. III 10. März, II 12. Nov. 80, 8. Juli 81, R. 1 442, 2 496, E. 4 397, Berlin 27. Nov. 78 O. 19 546. Freilich muß berücksichtigt werden, wie die vom Thäter in concreto vorgenommene allgemeine Art der Benutzung des Werkzeuges war, z. B. ob ein Messer geöffnet oder zugeklappt, ob ein Gewehr zum Schießen oder Schlagen gebraucht wurde, denn die objektive Beschaffenheit des Werkzeuges ist je nach der einen oder anderen dieser Gebrauchsarten eine ganz verschiedene (vgl. cit. **RG**. 8. Juli 81); so: v. Liszt S. 307 (der Gebrauch müsse im konkreten Falle jener abstrakten Eignung entsprechen), v. Rohland Gefahr S. 42 N. 1, auch Geyer 2 19, der gegen die Ansicht sich wendet, daß es nur auf die objektive Beschaffenheit des Werkzeuges, garnicht aber auf die Art seiner Anwendung ankomme. Diese letztere Ansicht vertreten jedoch das cit. **RG**. 12. Nov. 80 sowie Hälschner 2 95 (die Wirkung, welche das btr. Werkzeug seiner Beschaffenheit nach in der Regel ausübe, sei das entscheidende Kriterium) u. v. Buri GS. 34 348 f. (es entscheide die abstrakte Erwägung, ob man mittels des Gegenstandes, seiner objektiven Beschaffenheit nach, einem abstrakt gedachten Menschen regelmäßig eine erhebliche Verletzung zufügen könne; die konkreten Verhältnisse dürften nicht herangezogen werden, indem nicht die wirkliche, sondern nur die fingirte Gefährlichkeit in Aussicht genommen sei). Hiervon abgesehen ist dagegen gleichgültig, wie das Werkzeug im Einzelfalle angewendet wurde, also z. B. beim Gebrauche eines zugeklappten Messers die Kraftanstrengung, mit welcher, bzw. die Körpertheile des Verletzten, nach welchen geschlagen wurde; aM.: **RG**. III 15. Mai 80 R. 1 781, Stuttgart 27. Sept. 76, 24. Jan. 77, St. 7 105, 299. Nur dann, wenn der Thäter zur Begehung einer Körperverltzg. eines Werkzeuges derartig sich bedient und bedienen wollte, daß die „Gefährlichkeit" seiner Hdlg. durch den Gebrauch des Werkzeuges nicht vermehrt, sondern im Gegentheil vermindert wird, kann von dem Gebrauche eines „gefährlichen Werkzeuges" nicht gesprochen werden, mag auch das Werkzeug bei derselben Gebrauchsart unter anderen Umständen als ein gefährliches zu erachten sein, wie z. B. eine zum Schneiden gebrauchte Scheere, die jedoch, wenn sie zum Abschneiden eines Zopfes gebraucht wurde (§ 223 N. 6b), keinesfalls ein „gefährliches" Werkzeug ist; Geyer HH. 4 373, H. Meyer S. 533.

Als ein „gefährliches Werkzeug" ist in der Praxis nach der objektiven Beschaffenheit des Gegenstandes mit Recht angesehen worden:

ein Bierglas; RG. III 10. März 80 R. 1 442, Mannheim Okt. 76 St. 7 106;

ein zugeklapptes Taschenmesser; RG. III 15. Mai 80 R. 1 781;

ein mit zwei eisernen Zähnen versehenes Ruder; RG. II 12. Nov. 80 R. 2 496;

ein angezogener schwerer, mit einer Doppelreihe von metallenen Kopfnägeln besetzter Stiefel; Mannheim 17. Feb. 77 St. 7 102;

ein 410g schwerer Prügel; Mannheim 20. Okt. 77 St. 8 166.

Dagegen ist die Frage, abgesehen von dem Falle eines zum Hetzen verwendeten Hundes (vgl. § 117 N. 12a), verneint worden bezüglich einer ätzenden Substanz (Vitriol), die einem Anderen ins Gesicht gegossen wurde, und zwar aus dem zutreffenden Gesichtspunkte, daß dieselbe nicht dem allgemeinen Begriffe der Waffe (N. 3) untergeordnet werden könne, weil es sich dabei nicht um eine durch mechanische, sondern durch chemische Einwirkung zugefügte Körperverltzg. handele; RG. II 31. März 82 R. 4 298. Andererseits bejahte die Frage RG. III 19. Feb. 91 E. 39 68 btr. der sog. Hitze (der beim Klopfen eines glühenden Stückes Eisen sich loslösenden glühenden Theilchen) wegen ihrer mechanischen Einwirkung (ob letztere mit Recht angenommen, erscheint fraglich).

6) Die Körperverltzg. „mittels eines Messers" wird durch die hieran sich anschließenden Worte „oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges" als eine solche mittels „gefährlichen Werkzeuges" charakterisirt. Da man aber ein Werkzeug nur, insofern dasselbe mit einer zum Schneiden bestimmten Klinge versehen ist, als „Messer" bezeichnet, so ergiebt sich, daß ein zugeklapptes Messer, bei welchem die Klinge gleichsam entfernt ist, als ein Messer im Gegensatze zu anderen gefährlichen Werkzeugen — und somit i. S. des § 223a — nicht anzusehen ist; damit wird aber seine Eigenschaft als „gefährliches Werkzeug" bzw. als „Waffe" i. S. des § 223a noch keineswegs verneint (s. o. N. 4_3, 5_4).

7) Bei der Körperverletzung „mittels eines hinterlistigen Ueberfalles" ist unter „Ueberfall" ein für den Angegriffenen unvorhergesehener Angriff zu verstehen, dem sich zu entziehen oder gegen den Vertheidigungsmaßregeln zu treffen jener der vorliegenden Ueberraschung wegen außer Stande ist; RG. I 31. Mai 80 E. 2 74, Mannheim 10. März 77 St. 7 300, Berlin 24. Okt. 77 O. 18 663, Merkel S. 298, Meves N. 4. Die somit in jedem Ueberfalle liegende objektive Gefährlichkeit genügt aber in diesem Falle zur Anwendung des § 223a noch nicht, es wird vielmehr ferner erfordert, daß der Ueberfall ein „hinterlistiger" sei; dieses Wort substituirte, weil dasselbe bereits an anderen Stellen des StGB. gebraucht sei, die RTkommission dem vom Entw. gebrauchten „heimtückisch"; so der Abg. v. Schwarze als Berichterstatter (StB. 1875/76 S. 802). „Hinterlistig" ist deshalb hier ebenso zu verstehen wie im § 181 [1] (das. N. 2b). Demgemäß tritt zu der objektiven Gefährlichkeit der That noch „die besonders gefährlich geeigenschaftete subjektive Willensrichtung des Thäters" hinzu; beide Momente finden sich namentl. bei dem sog. Auflauern, während ein in Folge plötzlich gefaßten Entschlusses unmittelbar, wenn auch von hinten, erfolgender Angriff kein „hinterlistiger" Ueberfall ist; so namentl. die citt. RG. u. Berlin, ferner: Geyer 2 19, Merkel aO., v. Buri GS. 34 352; aM.: Hälschner 2 96, H. Meyer S. 534, v. Schwarze N. 3 („hinterlistig" bezeichne nur den Gegensatz zu „offen"; in der Eigenschaft des „unmittelbar von hinten aus erfolgenden Ueberfalles" liege das maßgebende Moment der obj. Gefährlichkeit, während die subj. Willensrichtung des Thäters ein besonderes Moment nicht habe darbieten sollen).

8) Wegen der „von Mehreren (§ 47 N. 1) gemeinschaftlich begangenen" Körperverltzg. vgl. § 47 N. 8. Wie der Berichterstatter Abg. v. Schwarze (StB. 1875/76 S. 802) hervorhob, haben dieser Wendung die §§ 119, 123_3 zum Vorbilde gedient; es handelt sich sonach, wie dort, um Mitthäterschaft; so die GM., insbs., außer den aO. citt. Entsch. RG., Mannheim 30. Sept. 76 St. 7 108; aM. jedoch v. Buri GS. 34 353, das Gesetz gebe nicht zu erkennen, daß die Gemeinschaftlichkeit im techn. S. des § 47 zu verstehen sei, es gehe vielmehr von der Auffassung aus, daß, wie die Verletzung mittels Waffe, so auch die Verletzung mittels gemeinschaftl. Handelns als eine gefährl. Begehungsart des Delikts betrachtet werden solle. Daraus ist mit der GM. zu folgern, daß die Gehülfenschaft neben Einem Thäter nicht genügt; aM. jedoch Hälschner 2 96. Auch im übrigen finden die Aus-

führungen in N. 26 zum § 123 entsprechende Anwendung, namentl. in der Beziehung, daß es einer vorherigen Verständigung nicht bedarf; so insbs.: RG. III 8. Mai 80 R. 1 742, Dresden 26. Okt. 78 St. 8 167, Berlin 27. März, 27. Nov. 78, O. 19 174, 550.

Die Gleichzeitigkeit der einzelnen Mißhdlgen seitens der „Mehreren" ist kein unbedingtes Erforderniß der Gemeinschaftlichkeit, vielmehr ist eine von Mehreren nach und nach verübte Mißhdlg. als eine gemeinschaftliche anzusehen, wenn die einzelnen Akte unmittelbar auf einander folgen und jeder Thäter wissentlich die That des Andern fortsetzt, die Wirkungen der von diesem ausgegangenen Thätigkeit benutzend und verstärkend; RG. II 26. Sept. 82 R. 4 715, H. Meyer S. 534. Wegen des Bewußtseins der Gemeinschaftlichkeit vgl. im übrigen u. N. 12 insbs. a.

Die Qualifikation liegt auch dann vor, wenn Mehrere gemeinschaftlich nicht eine, sondern mehrere Personen mißhandeln (vgl. z. B. das cit. RG. 17. Dez. 81), woraus wiederum folgt, daß keineswegs jede der mißhandelten Personen von „Mehreren" oder gar von allen Thätern gemißhandelt zu sein braucht; RG. I 10. Mai 86 R. 8 348, Oppenh. N. 5.

Eine nach der gesetzgeberischen Idee völlig ungerechtfertigte Beschränkung stellt Hälschner 2 97 auf, indem er ein „gleichzeitiges o. successives bewußtes Handeln Mehrerer" nicht hierher rechnet, wenn in concreto nicht ein die besondere Gefährlichkeit des Angriffs bedingendes Zusammenwirken der Mehreren stattgefunden habe. Bei der „Gemeinschaftlichkeit der Begehung" in dem dargelegten S. nimmt das Gesetz ohne weiteres Gefährlichkeit der Begehungsart an (N. 2).

9) Was die Körperverltzg. „mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung" anbetrifft, so kann auch dieses Moment sowenig wie die „Gefährlichkeit" eines Werkzeuges (s. o. N. 5_2) nach dem Erfolge beurtheilt werden, vielmehr ist die Art und Weise der Begehung, die „Behandlung", maßgebend; auch die objektiv leichteste Körperverltzg. kann mittels einer solchen Behandlung zugefügt worden sein; die Gefahr kann völlig vorübergegangen sein, so daß wahrnehmbare Spuren der Körperverltzg. an dem Verletzten überhaupt nicht zurückblieben; so die GM., insbs.: RG. I 14. Juni 80, III 14. Juni 82, I 19. Jan. 84, E. 2 106, 6 396, 10 1, I 6. Dez. 86, IV 23. Sept. 87, R. 8 724, 9 464, Mannheim 29. Dez. 77 St. 8 168. Wie aber die „Gefährlichkeit" eines Werkzeuges nicht ohne jede Rücksicht auf die Art des gemachten Gebrauchs beurtheilt werden kann (N. 5_3), so noch weniger das Vorliegen der lebensgefährdenden Behandlung ohne Rücksicht auf die Person des Verletzten; das erkennen auch die citt. RG. sowie RG. I 14. Feb. 84 E. 10 100 an, während v. Buri GS. 34 354 auch hier lediglich eine abstrakte Beurtheilung eintreten lassen will. Fraglich bleibt aber immer noch, ob durch die dem Verletzten zugefügte „Behandlung" das Leben desselben thatsächlich gefährdet (vgl. § 52 N. 7), ob also die Lebensgefährdung in concreto eingetreten gewesen sein muß, oder ob es genügt, daß die Behandlung geeignet war, eine solche Lebensgefahr herbeizuführen. Nach der Tendenz des § 223a erscheint die letztere Auffassung als die richtige; denn auch bei der ersteren würde, wenn schon nicht auf das schließliche Resultat der Mißhdlg., so doch auf den unmittelbaren „Erfolg" der Behandlung ein mit der Tendenz des Gesetzes nicht vereinbares Gewicht gelegt werden; so: Hälschner 2 97, Merkel S. 298, v. Schwarze N. 5, Rohland Gefahr S. 42; aM.: cit. Mannheim, v. Liszt S. 328, H. Meyer S. 534, Schütze Anh. S. 19 N. 5, Meves N. 8, Oppenh. N. 6. Im Einzelfalle hat RG. II 8. Apr. 84 R. 6 282 dafür erachtet, daß in einem Stoße, durch welchen der Gestoßene ins Wasser fiel und leicht hätte ertrinken können, eine lebensgefährdende Behandlung habe erblickt werden können. Das RG. hat im Grunde diese ganze Streitfrage für gegenstandslos erachtet, in der Annahme, daß durch die gegen einen Menschen angewendete Behandlung, welche geeignet sei, das Leben desselben zu gefährden, selbstverständlich eben deshalb, weil die Hdlg. jene Eigenschaft habe, das Leben auch gefährdet werde; so cit. RG. 6. Dez. 86 unter Bezugnahme auf die citt. Entsch. v. 14. Juni 80, 14. Juni 82, 19. Jan. 84 u. 14. Feb. 84.

Da das Leben des Verletzten gefährdet sein muß, so ist § 223a nicht anwendbar, wenn durch die Mißhdlg. einer Schwangeren nur das Leben ihrer Leibesfrucht gefährdet wurde; Oppenh. N. 6.

10) Die verschiedenen Straferhöhungsgründe können sehr wohl zum Theil oder sämmtlich mit einander ideal zusammentreffen (§ 73 N. 21a), namentl. auch die Begehung „mittels einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges" und „mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung"; denn keiner dieser beiden Umstände schließt den anderen in sich, indem sehr wohl eine Waffe angewendet sein kann, ohne daß eine das Leben gefährdende Behandlung stattfand und umgekehrt; Mannheim 29. Sept. 77 St. 8 164, Oppenh. N. 7, Rüd.-St. N. 9.

11) Eine alternative Feststellung (§ 48 N. 9) ist nur insoweit zulässig, als es um die Modalitäten sich handelt, ob die Körperverltzg. mittels „eines Messers oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges" (bzw. „einer anderen Waffe") begangen sei, im übrigen aber ausgeschlossen, da zweifellos verschiedene Thatbestände vorliegen, je nachdem der eine oder der andere straferhöh. Umst. indicirt ist. Deshalb ist auch event. gemäß StPO. § 264, auf den veränderten rechtlichen Gesichtspunkt hinzuweisen; **RG.** III 15. Juni 85 E. **12** 379.

12) Der Dolus der gefährlichen Körperverletzung ist lediglich der in N. 11 zum § 223 charakterisirte Dolus einer jeden vorsätzlichen Körperverletzung; die Fassung des § 223a deutet in keiner Weise an, daß die Straferhöhungsgründe etwas anderes sein sollten als bloße Strafbarkeitsmerkmale.

Daraus folgt aber noch nicht, daß der Thatbestand des § 223a nach subjektiver Richtung von dem des § 223 überhaupt sich nicht unterscheide (so jedoch **RG.** I 6. Dez. 86 R. 8 724). Denn an sich greift § 59 auch bei bloßen Strafbarkeitsmerkmalen, nicht minder wie bei den Deliktsmerkmalen, Platz (vgl. das. N. 5); demnach kann kein Zweifel sein, daß die Nichtanwendbarkeit des § 59 auf die straferhöh. Umst. des § 223a als eine Ausnahme von der Regel sich darstellen würde; als solche behandelt sie auch folgerichtig Lucas Subj. Verschuldg. S. 27. Allein eine so wichtige Ausnahme von einem der fundamentalsten Grundsätze des StGB. kann durch eine Bezugnahme auf die Tendenz des Gesetzgebers, der durch § 223a — im Unterschiede vom § 223 — lediglich die objektive Gefährlichkeit der Begehungsart des Deliktes der Körperverltzg. habe treffen wollen, nicht ausreichend begründet werden. Allerdings ist die „Gefährlichkeit" der Hdlg. das gesetzgeberische Motiv gewesen, um die im § 223a bezeichneten Fälle der Körperverltzg. unter eine besondere Strafandrohung zu stellen und ihre Verfolgung vom Strafantrage nicht ferner abhängen zu lassen. Allein gerade deshalb, weil es hier, anders als in den §§ 224, 226, auf den Erfolg garnicht ankommt, lag um so weniger Veranlassung vor, die Gefährlichkeit ohne jede Rücksicht auf das subjektive Moment beim Thäter unter eine schwerere Strafandrohung zu stellen. Dazu kommt, daß die überwiegende Meinung (namentl. auch das **RG.**) das subjektive Moment bei der Körperverltzg. „mittels hinterlistigen Ueberfalles" keineswegs ignorirt (s. o. N. 7). Ebensowenig wird das subjektive Moment bei der „gemeinschaftl. Begehung einer Körperverltzg. durch Mehrere" außer Acht gelassen, im Gegentheil fordert hier die GM. sogar Mitthäterschaft i. S. des § 47 (s. o. N. 8); mit Recht bemerkt Lucas aO., daß von jenem Standpunkte aus auch bei der „Gemeinschaftlichkeit" das Moment der Gefährlichkeit nur objektiv desiderirt werden könne, und in der That hat v. Buri GS. **34** 353 mit der ihm eigenen Konsequenz den Satz aufgestellt, es sei zur Verantwortlichkeit aus § 223a nicht erforderlich, daß die Mehreren der Gemeinschaftlichkeit ihres Handelns sich bewußt gewesen seien. Hiernach wird man annehmen müssen, daß der Thäter, um aus § 223a strafbar zu werden, das Vorhandensein des btr. — die Strafbarkeit aus § 223 erhöhenden — Thatumstandes i. S. des § 59 gekannt haben müsse. So: Hälschner 2 95, 98, v. Liszt S. 328, Merkel S. 298, H. Meyer S. 536, prinzipiell auch: **RG.** III 29. Sept. 80 E. **2** 278 (s. jedoch u. b), Mannheim 29. Sept. 77 St. 8 164. AM. die überwiegende M., insbs.: **RG.** I 14. Juni 80, 14. Feb. 84, 6. Dez. 86, E. **2** 106, **10** 100, R. 8 724, III 12. März 88 E. **17** 289 (alle btr. lebensgefährdende Behandlung), Geyer 2 19 u. HH. **4** 374.

Wendet man den Grundsatz des § 59 auf den § 223a an, so ergiebt sich namentl., daß der Thäter sich bewußt gewesen sein muß:

a. der Gemeinschaftlichkeit der Begehung (§ 47 N. 7); die oben verwähnte v. Buri'-

sche Ansicht geht darnach entschieden zu weit; wer, trotz objektiv vorliegender „Gemeinschaftlichkeit", des Bewußtseins davon entbehrte, kann aus § 223a nicht bestraft werden;

b. der Gefährlichkeit des Werkzeuges bzw. der lebensgefährdenden Behandlung; hier geben die citt. RG. 29. Sept. 80 u. Mannheim 29. Sept. 77 (u. ebenso Oppenh. N. 8) zwar zu, daß der Thäter „diejenigen Eigenschaften des Gegenstandes gekannt haben müsse, welche das Gericht zu der Annahme führen, daß derselbe ein gefährl. Werkzeug sei", allein sie erachten die Unkenntniß des Thäters betreffs der Eigenschaft des Werkzeuges als eines gefährlichen bzw. betreffs der Lebensgefährlichkeit der Behandlung für unerheblich; ganz ähnlich hat das cit. RG. 12. März 88 angenommen, daß die Umstände und Veranstaltungen, in denen objektiv die lebensgefährdende Behandlung gefunden wird, im Willen des Thäters gelegen haben müssen. Hält man jedoch den § 59 nicht überhaupt für ausgeschlossen, so erfordert die Konsequenz, das Bewußtsein auch der Gefährlichkeit des Werkzeuges ꝛc. zu verlangen, weil die „Gefährlichkeit" ein „Thatumstand" i. S. des § 59 ist, es somit keineswegs nur um ein „Urtheil über die rechtliche Qualifizirung eines Thatumstandes" sich handelt; das erkennt auch Lucas aO. gegenüber den Ausführungen in RG. 29. Sept. 80 an.

13) Wegen des Verhältnisses des § 223a zum § 227 vgl. das. N. 14, wegen desjenigen zu den §§ 340, 367[10] daselbst, zum MStGB. § 149 RG. I 20. Feb. 90 E. 20 308 sowie Frank ZfStRW. 12 287.

14) Die ordentliche Strafe ist Gefängniß von 2 Mt.—5 J. (§ 16); wegen mild. Umst. vgl. § 228.

Wegen Buße vgl. § 231.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73[1], 75[5].

§. 224.

Hat die Körperverletzung zur Folge, daß der Verletzte ein wichtiges Glied des Körpers, das Sehvermögen auf einem oder beiden Augen, das Gehör, die Sprache oder die Zeugungsfähigkeit verliert, oder in erheblicher Weise dauernd entstellt wird, oder in Siechthum, Lähmung oder Geisteskrankheit verfällt, so ist auf Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder Gefängniß nicht unter Einem Jahre zu erkennen.

PrStGB. §§ 192a, 193. Entw. I § 198, II § 219. StB. S. 666f.
Anl. 3 zu d. Motiven: Erörterung strafrechtl. Fragen aus dem Gebiete der gerichtl. Medizin; Abschn. Körperverletzungen.
Vgl. § 228.

Schwere Körperverletzungen. §§ 224—227, 229, 230. N. 1.

1) Der im StGB. wiederholt gebrauchte Ausdruck „schwere Körperverletzung" erhält im § 227_1 durch Verweisung auf den § 224 eine gesetzliche Erläuterung dahin, daß darunter die im § 224 bezeichneten Folgen verstanden werden sollen, mögen dieselben durch eine strafb. Hdlg. oder sonst verursacht sein (§§ 223 N. 7_3, 227 N. 6). Die verursachende strafb. Hdlg. kann verschiedenartig sein, so nach dem StGB. selbst eine Aussetzung (§ 221_2), eine vorsätzliche Körperverltzg. (§§ 224, 225), eine Vergiftung (§ 229_2), eine Freiheitsberaubung (§ 239_2), ein Raub (§ 251) oder ein gemeingefährliches Verbr. (§§ 315_2, 321_2); dazu tritt die Verursachung „durch eine Schlägerei oder einen von Mehreren gemachten Angriff" (§ 227).

Der im § 227_1 nur für die Folge einer strafb. Hdlg. gebrauchte Ausdruck bezeichnet aber nach allgemeinem Sprachgebrauche auch gewisse strafb. Hdlgen selbst. Man bedient sich jenes Ausdruckes zunächst für diejenigen vorsätzlichen Körperverletzungen, welche eine der im § 224 bezeichneten Folgen haben; in diesem S. ist im StGB. selbst der § 340_2 zu verstehen; vorsätzl. Körperverletzungen, welche nicht zu den „schweren" (§§ 224, 225) gehören, sind alsdann einerseits die „leichten" (§ 223) und „gefährlichen" (§ 223a), andererseits

diejenigen mit tödtlichem Erfolge (§ 226; vgl. o. Abschn. 17 N. 2, 3). Im weiteren S. umfaßt man übrigens mit der Bezeichnung „schwere Körperverletzungen" auch die Körperverltzgen mit tödtlichem Erfolge, so namentl. meist da, wo man von einer „Zweitheilung" der vorsätzl. Körperverltzgen spricht, falls man nicht etwa dabei von den tödtl. Körperverltzgen als unstreitig überhaupt absieht; vgl. die Abgg. Lasker u. v. Schwarze StB. 75/76 S. 390, 802, Geyer 4 366 N. 1. Das StGB. selbst gewährt aber einen Anhalt dafür, daß der Ausdruck „schwere Körperverltzgen" nicht unbedingt blos diejenigen vorsätzlichen, sondern unter Umständen auch diejenigen fahrlässigen Körperverltzgen begreift, welche eine der im § 224 bezeichneten Folgen haben; es spricht nämlich § 223 von „leichten Körperverltzgen", worunter vorsätzliche aus § 223 strafbare Körperverltzgen und solche fahrlässige Körperverltzgen zu verstehen sind, durch welche eine der im § 224 bezeichneten Folgen nicht verursacht ist (§ 233 N. 1b); den Gegensatz zu den leichten fahrl. Körperverltzgen bilden auch nach der StGN. (s. o. Abschn. 17 N. 2) lediglich die schweren fahrl. Körperverltzgen, d. h. diejenigen, welche eine der im § 224 bezeichneten Folgen haben; ist sonach, wie aus dem Gegensatze sich ergiebt, der Ausdruck „schwere fahrlässige" Körperverltzg. technisch, so folgt daraus, daß der Ausdruck „schwere" Körperverltzgen schlechthin je nach Lage der Sache nicht ausschließlich vorsätzliche, sondern unter Umständen sowohl vorsätzliche wie fahrlässige Körperverltzgen bezeichnet, so z. B. in der StPO. § 255_1 (s. u. § 230 N. 1 Abs. 2); so jetzt auch H. Meyer S. 538; vgl. im übrigen Binding 1 366.

Schwere Körperverletzungen aus § 224 insbesondere. N. 2—16.

2) Wegen der vorsätzlichen Körperverletzungen im allgemeinen vgl. § 223 N. 1—15.

3) Die schwere Körperverletzung aus § 224 ist, gleich der gefährlichen aus § 223a (das. N. 2), ihrem Wesen nach eine schwerere Qualifikation der Körperverltzg. aus § 223, weshalb auch hier lediglich eine Bezugnahme auf deren Thatbestand stattgefunden hat. Der straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 ist der Eintritt einer der im § 224 bezeichneten Folgen.

Als „schwere Folge" oder „schwere Körperverltzg." im objektiven S. (N. 1_1) werden angesehen einmal gewisse partielle Verluste (und zwar bestimmter Glieder und Fähigkeiten) und Verletzungen (Entstellung), dann aber gewisse den Gesammtorganismus des Menschen erfassende Gesundheitsbeschädigungen (Siechthum, Lähmung, Geisteskrankheit); vgl.: RG. III 1., I 23. Feb. 82, E. 6 4, 65, v. Schwarze N. 1.

4) Der „Verlust" eines wichtigen Gliedes oder gewisser Fähigkeiten ist zunächst, dem allgemeinen Sprachgebrauche entsprechend, nur dann anzunehmen, wenn das Glied vom Körper gänzlich abgetrennt bzw. wenn die Fähigkeit völlig aufgehoben ist. Deshalb fällt eine bloße Verstümmelung oder aber eine bloße Unfähigkeit zum Gebrauche des Gliedes bzw. eine Beeinträchtigung dieser Fähigkeit (s. jedoch u. N. 6a—c), namentl. in Folge von Lähmung, nicht unter § 224; so: RG. I 15. Nov. 80, III 1. Feb. 82, E. 3 33, 6 4, Dresden 2. Okt. 74 St. 5 36, Hälschner 2 99 f., v. Liszt S. 329, Merkel HRl. „Körperverl.", H. Meyer S. 535, Rubo N. 4, Rüd.-St. N. 4; aM.: Oppenh. N. 3, v. Schwarze N. 2.

Ein Verlust kann zwar an sich nur vorübergehend sein, ein solcher hier jedoch der Natur der Sache nach nicht in Frage kommen; wenn auch ein Ersatz einzelner Glieder aus Theilen des menschlichen Körpers selbst möglich ist, z. B. der Nase im Wege der Rhinoplastik, so bleibt trotzdem das einmal vollständig abgetrennte Glied dauernd verloren; was die Fähigkeiten anbetrifft, so ist bei vollständigem Verluste derselben eine Wiedererwerbung nicht denkbar; stellt sich durch sachgemäße Behandlung eine anscheinend erloschene Fähigkeit, z. B. die Sehfähigkeit eines Auges, wieder her, so ist dies ein Beweis, daß ein Verlust derselben noch nicht eingetreten war. Es handelt sich sonach lediglich um einen für Lebenszeit eingetretenen Verlust eines wichtigen Gliedes o. gewisser Fähigkeiten; Merkel aO.

5) Den „Verlust eines wichtigen Gliedes des Körpers" btr., so bezeichnet zunächst „Glied" i. e. S. jeden Körpertheil, der mit einem anderen durch Gelenke verbunden ist; RG. II 9. Juni 82 E. 6 346. Im w. S. wird aber unter „Glied" zu verstehen sein ein solcher Körpertheil, der eine in sich abgeschlossene Existenz mit besonderer Funktion im Gesammtorganismus hat; RG. I 3. (7.?) März 81 E. 3 391, welches deshalb mit Recht eine mit Substanz-

verlust verbundene Verletzung der Schädeldecke nicht als Verlust eines Gliedes erachtet; ebenso v. Schwarze N. 2. Die inneren Organe, selbst soweit man ohne dieselben leben kann, sind hiernach keine Glieder, da sie zum Rumpf gehören, der den Gegensatz zu den „Gliedern" bildet; so H. Meyer S. 535; aM. Blum N. 7.

Welche Glieder als „wichtige" anzusehen seien, ist objektiv zu beurtheilen, nicht nach der Individualität des Verletzten; das Gesetz bringt das Adjektiv „wichtig" mit der Person des Verletzten in keine Verbindung; man wird deshalb, da diese Beziehung auch nicht durch die Natur der Sache verlangt wird, nach dem Grundsatze in dubio mitius den objektiven Standpunkt einzunehmen haben, da anderenfalls die Verantwortlichkeit des Thäters zweifellos eine gesteigerte sein würde; so: **RG.** II 9. Juni 82 E. **6** 346, Hälschner **2** 100. Aber auch vom objektiven Standpunkte aus ist die Bestimmung, welche Glieder i. S. des § 224 „wichtige" seien, schwierig, weil das Gesetz in keiner Weise andeutet, in welcher Beziehung das Glied wichtig sein müsse; vgl. Liman HH. **3** 478 u. Rubo N. 4. Mit Recht hat man, da eine bestimmte Beziehung nicht ersichtlich ist, durchweg allgemeine Gesichtspunkte aufgestellt (vgl.: Hälschner **2** 100, v. Liszt S. 329, im Verhältniß zum Gesammtorganismus wichtig), allein dabei theils nur auf das leibliche Wohl (das „organische Leben"; Berner S. 517) gerücksichtigt, während auch die Stellung in Betracht zu ziehen ist, die jedem Menschen als Mitglied der Gesammtheit zukommt. Nach v. Schwarze N. 2 soll die Entscheidung „nach den allgemeinen medizinischen Ansichten" getroffen werden; allein die Medizin sieht jedes Glied für „wichtig" an, ein Standpunkt, den mit Rücksicht auf die obige Definition des Begriffes „Glied" in Wahrheit auch Merkel HRl. „Körperverl." einnimmt, wenn er als ein wichtiges Glied einen solchen Körpertheil erklärt, „welcher zu einer selbständigen Funktion bestimmt, am Leben des Organismus theilnimmt." Rubo N. 4 erachtet, indem er unrichtig „wichtig" mit „unentbehrlich" identifizirt, als wichtige Glieder diejenigen, welche „zur Verrichtung der dem menschlichen Körper im allgemeinen obliegenden Thätigkeiten nothwendig sind und künstlich ersetzt werden müssen, wenn die Thätigkeit dennoch vorgenommen werden soll", wobei er zu dem unbefriedigenden Resultat kommt, daß der Verlust nur von Einem Arm nicht als Verlust eines wichtigen Gliedes anzusehen sei. In Einzelfällen hat **RG.** II 9. Juni 82 E. **6** 346, III 4. Juni 83 R. **5** 403 den Verlust der beiden ersten Glieder eines Fingers, selbst des rechten Zeigefingers, nicht als unter § 224 fallend erachtet.

6) Verlust des „Sehvermögens auf einem oder beiden Augen, des Gehörs der Sprache oder der Zeugungsfähigkeit."

a) „Sehvermögen" ist die körperliche Fähigkeit, äußere Gegenstände durch das Organ des Auges wahrzunehmen; demnach erfordert der Verlust des Sehvermögens zwar die Unfähigkeit, Gegenstände als solche zu erkennen, nicht aber den Ausschluß jeder Empfindung für Lichteindrücke (Unterscheidung von Licht und Dunkelheit); **RG.** I 25. März, IV 4. Mai 86, E. **14** 4, 118, Berlin 7. Mai 74 St. **4** 44, Oppenh. N. 4, Rubo N. 5, Rüd.-St. N. 5. Die Untauglichkeit des Auges zu praktischer Arbeit kommt nicht in Betracht; cit. **RG.** 4. Mai 86.

b) „Gehör" ist die Fähigkeit, artikulirte Laute durch das Organ des Ohres zu unterscheiden; der Verlust des Gehörs bedingt demgemäß das Unvermögen, artikulirte Laute zu unterscheiden, nicht aber die Unfähigkeit, irgend welche Töne zu vernehmen; Merkel HRl. „Körperverl." Uebrigens muß der Verlust des Gehörs ausweislich des Gegensatzes zu den Worten „Sehvermögen auf einem oder beiden Augen" auf beiden Ohren vorliegen; zur Bestrafung aus § 224 ist deshalb erforderlich, daß die Körperverlitzg. den Verlust des Gehörs auf beiden Ohren zur Folge hatte, es sei denn, daß der Verletzte auf einem Ohr bereits taub war; Geyer HH. **3** 538, Hälschner **2** 100, v. Liszt S. 329, H. Meyer S. 535, Rubo N. 6, v. Schwarze N. 4.

c) „Sprache" ist die Fähigkeit zum artikulirten Reden; demnach muß beim Verlust der Sprache Unfähigkeit, durch artikulirte Laute sich verständlich zu machen, vorliegen, nicht aber wird sog. Stimmlosigkeit erfordert; Berner S. 517, Liman, Geyer, HH. **3** 480, 538, Rubo N. 7. Vgl. jedoch Oppenh. N. 4a, zur Annahme dieses Momentes genüge noch nicht der Verlust der Stimme, was unrichtig ist, sobald er diesen als absolute Stimmlosigkeit versteht (N. 4).

d) „Zeugungsfähigkeit" ist gleichbedeutend mit Fortpflanzungsfähigkeit, speziell

bei Frauen mit Gebärfähigkeit; somit kann Verlust der Zeugungsfähigkeit trotz fortdauernden Vermögens zur Beischlafsvollziehung vorliegen; v. Liszt S. 329.

7) Die „dauernde Entstellung in erheblicher Weise" btr., so kann zunächst das Erforderniß der „Entstellung" nur durch die Feststellung einer wesentlichen, die äußere Gesammterscheinung des Menschen verändernden Deformation erfüllt werden; diese das normale Aussehen verunstaltende Veränderung braucht nicht nothwendig den ganzen Körper des Menschen unmittelbar zu erfassen, sondern wird auch durch die Verunstaltung einzelner Körpertheile bedingt. Hieraus erhellt, daß das Urtheil über das Vorliegen einer Entstellung nur auf Grund einer Vergleichung der früheren äußeren Erscheinung Jemandes mit seiner späteren Erscheinung gewonnen werden kann, da anders die vorgegangene Veränderung sich nicht konstatiren läßt; Puchelt N. 2, v. Schwarze N. 7. Immerhin aber muß die Entstellung „den Menschen als solchen" betreffen, so daß der spezielle Beruf der verletzten Person, z. B. als Sängerin, außer Betracht bleiben muß; H. Meyer S. 535. In einer bloßen Verminderung der Schönheit kann deshalb keine Entstellung gefunden werden (v. Schwarze N. 7), andererseits aber geht Rubo N. 8 zu weit, wenn er nur denjenigen entstellt nennt, „der in seiner äußeren Erscheinung häßlicher und dadurch unkenntlich geworden ist". Obgleich die Frage, ob eine Entstellung verursacht sei, nach Maßgabe des Anblicks zu entscheiden ist, den der Verletzte gewährt, so ist doch nicht jede Zerstörung o. Beschädigung menschlicher Körpertheile, welche die äußere Erscheinung des btr. Individuums vom Standpunkte des Schönheitsgefühles durch Erregung eines selbst widerwärtigen Eindrucks beeinträchtigt, schon deshalb eine „Entstellung"; hierfür fällt vielmehr mitentscheidend ins Gewicht, ob der verletzte Körpertheil nach den natürlichen und sozialen Lebensverhältnissen des Verletzten Dritten gegenüber derart bedeckt zu werden pflegt, daß der Mangel als „erhebliche Entstellung" nur unter besonderen Umständen nach außen erkennbar und als solche empfunden wird; dagegen reicht das Verbergen des Defektes, namentlich durch künstliche Hülfsmittel (Perrücke, falsche Zähne, Glasauge), für sich allein nicht aus, das Begriffsmerkmal zu beseitigen, da dasselbe dann seine objektive Bedeutung völlig verlieren würde; so **RG.** II 1. Okt. 86 **E. 14** 344, auch: v. Liszt S. 329 (eine die äußere Gesammterscheinung verändernde, aber nicht nothwendig auffallende Verunstaltung), v. Schwarze N. 7; im wesentlichen auch Geyer HH. **3** 542; weiter geht H. Meyer S. 535 (nicht eine solche, die, wie der Verlust einiger Zähne, sich leicht verbergen lasse) sowie Liman HH. **3** 481 u. Rüd.-St. N. 7, welche eine erhebliche Entstellung mit einer auffallenden gleichstellen. Im übrigen ist es wesentlich Thatfrage, ob eine erhebliche Verletzung vorliege; so das N. 5 cit. **RG.** 3. März 81; ferner Dresden 9. Dez. 72 St. **2** 278 (in den btr. Fällen war eine erhebliche Entstellung angenommen bei „einer thalergroßen, trichterförmigen Vertiefung in der Mitte der Stirn" bzw. beim „Verlust von sechs Vorderzähnen").

Die erhebliche Entstellung muß endlich eine „dauernde" sein; daß sie Zeitlebens dauern müsse, sagt das Gesetz nicht, man wird deshalb schon eine solche Entstellung als dauernd ansehen müssen, deren Ende im Voraus sich nicht bestimmen läßt; Oppenh. N. 5, Rubo N. 9. Die Feststllg., ob eine Entstellung in diesem S. „dauernd" sei, erfordert keineswegs durchweg das Gutachten eines Sachverständigen, schon deshalb nicht, weil einzelne Entstellungen erfahrungsmäßig für die Lebensdauer bleiben; vgl. das cit. Dresden.

8) Beim „Verfallen in Siechthum, Lähmung oder Geisteskrankheit" deutet nicht nur die augenscheinliche Gegenüberstellung dieser Gesundheitsbeschädggen und der übrigen im § 224 bezeichneten schweren Folgen (N. 3), sondern namentl. auch der Ausdruck „Verfallen" selbst an, daß mit jener Wendung solche Folgen bezeichnet werden, welche den gesammten Organismus des Menschen in erheblicher Weise beeinträchtigen; es gilt dieses nicht nur von Siechthum (N. 9a) und Geisteskrankheit (N. 9c), sondern ebenso auch von Lähmung (N. 9b); denn der Gesetzgeber würde anderenfalls entweder neben dem „Verlust" eines wichtigen Gliedes die darunter nicht begriffene „Lähmung" eines solchen (N. 4) erwähnt, oder statt „Verfallen in Lähmung" gesagt haben „Leiden an Lähmung"; **RG.** III 1., II 23. Feb. 82, E. **6** 4, 65, I 25. Sept. 84 R. **6** 565, Dresden 2. Okt. 74 St. **5** 69, v. Hölder GS. **28** 466, Oppenh. N. 8a, Rubo N. 11, v. Schwarze N. 1, 10.

In gleicher Weise liegt in dem Ausdruck „Verfallen", daß es um (zur Zeit der Aburtheilung) noch nicht abgeschlossene, d. h. um solche Krankheitszustände sich handelt, bezüglich derer, wenn nicht die Heilung überhaupt als ausgeschlossen zu erachten ist, sich nicht mit einiger Sicherheit sagen läßt, ob sie überhaupt jemals beseitigt werden können, und ev. in welcher Frist dieser Fall eintreten werde (vgl. u. N. 9a, b, c); so: v. Hölder aO., v. Schwarze N. 1; aM. H. Meyer S. 536.

9) „Verfallen in Siechthum, Lähmung oder Geisteskrankheit".

a) „Siechthum" ist nach einem Gutachten der PrWissenschaftl. Deputation für Medizinalwesen v. 16. Mai 77 (Zeitschr. f. hannovR. **9** 284), auf deren Vorschlag jener Ausdruck Aufnahme gefunden hat, ein „langandauernder (chronischer) Krankheitszustand, der den ganzen Menschen in gewissem Grade schwer benachtheiligt"; für die Frage, ob eine solche schwere Krankheit vorliege, sei in erster Reihe maßgebend, „ob durch dieselbe die Arbeits- u. Erwerbsfähigkeit des mit ihr Behafteten oder, falls von einer solchen nicht die Rede, dessen allgemeine Leistungsfähigkeit in erheblicher Weise beeinträchtigt sei"; Unheilbarkeit liege nicht im Wesen des Siechthums; ein bestimmtes Zeitmaß für eine minimale Dauer lasse sich nicht angeben, doch werde man den Begriff beschränken müssen „auf diejenigen schweren chronischen Krankheitszustände, hinsichtlich derer, wenn sie nicht überhaupt für unheilbar erklärt werden könnten, doch nicht auch nur mit einiger Sicherheit sich vorhersagen lasse, ob dieselben überhaupt jemals würden beseitigt werden können, oder, wenn dieser günstige Fall eintreten sollte, in welcher Frist dies möglicher Weise geschehen könnte". So auch **RG**. III 9. Apr. 85 E. **12** 127, II 13. Jan. 88 R. **10** 32; im wesentlichen stimmen hiermit ferner das KglSächsLMedizinalkollegium (vgl. Dresden 25. März, 24. Mai 72, St. **1** 376, 375) u. v. Hölder GS. **28** 466 überein, von denen jenes nur einen höheren Grad der Gesundheitsschädigung als erforderlich ansieht wie dieser.

Daß der Zustand des Siechthums „an sich schon von längerer Dauer sei", heben auch die Motive gegenüber der von der PrWissenschaftl. Deputation vorgeschlagenen Fassung „anhaltendes Siechthum" richtig hervor und begegnet nirgend einem Zweifel (s. auch o. N. 8). Andererseits tritt man aber der Ansicht der PrWissenschaftl. Deputation, daß der Zustand nicht unheilbar zu sein brauche, fast allgemein bei; so: Dresden 24. Mai 72 St. **1** 375, Merkel HRl. „Körperverl.", Geyer HH. **3** 540, H. Meyer S. 536, Oppenh. N. 6, Rüd.-St. N. 8; aM. Liman HH. **3** 481.

b) „Lähmung", gleichfalls zufolge Vorschlages der PrWissenschaftl. Deputation aufgenommen, ist nach einem Gutachten v. 26. Juli 71 (Vierteljahrsschr. f. gerichtl. Medizin NF. **16** 5) die „Unfähigkeit, einen bestimmten Bewegungsapparat des Körpers zu denjenigen Bewegungen zu gebrauchen, für welche er von Natur eingerichtet ist, gleichviel ob das Hinderniß der Bewegung in einem Centralorgan oder in einem peripherischen Theile des Körpers gelegen ist." Hiergegen ist eingewendet worden, daß die Medizin unter Lähmung nichts anderes als die aufgehobene Funktion der Bewegungs- oder Empfindungsnerven verstehe (Liman HH. **3** 477); insbs. hat deshalb das KglSächsLMedizinalkollegium in dem oben unter a erwähnten Gutachten die Definition der Wissenschaftl. Deputation als „viel zu weit" getadelt und folgende entgegengestellt: „Lähmung sei diejenige Unfähigkeit oder auch nur Unvollkommenheit der Bewegung, welche in einer Funktionsstörung der zur Ausführung einer Bewegung nöthigen aktiven Elemente des betreffenden Bewegungsapparates, mithin der Nerven und Muskeln, abhänge, während jene Bewegungshemmungen, welche von einer Erkrankung der passiven Theile (Knochen, Bänder, Gelenke) bedingt würden, an und für sich von dem Begriffe der Lähmung ausgeschlossen seien, wenn auch eine primäre Erkrankung dieser Gebilde nach und nach in Folge Nichtgebrauchs der Muskeln und des hierdurch erzeugten Schwundes ihrer Substanz eine Lähmung nach sich ziehen könnte." Man wird in dieser Kontroverse für diejenige Ansicht sich entscheiden müssen, welche den alltäglichen und nicht den medizinischen Begriff der Lähmung für maßgebend erachtet; denn da der straferhöh. Umst. lediglich der eingetretene Erfolg ist, so erscheint es gleichgültig, ob die Bewegungsunfähigkeit auf einer Verletzung der Nerven und Muskeln beruht, oder aber auf einer Narbenbildung, Kontraktur 2c.; so: **RG**. I 8. Dez. 90 E. **21** 223, Berlin 15. Mai 74 O. **15** 311, Merkel HRl. „Körperverl.",

Geyer HH. **3** 433, Hälschner **2** 101, H. Meyer S. 535; aM. Dresden 25. März 72 St. **1** 376, während derselbe Gerichtshof unterm 2. Okt. 74 St. **5** 69 einräumt, daß eine „durch unheilbare Verwachsung der Flechsen, Sehnenscheiden und umliegenden Weichtheile" herbeigeführte Steifheit eines Fingers einer „Lähmung" desselben gleichgeachtet werden könne. Uebrigens wird nicht eine „totale Unbeweglichkeit", sondern nur eine „wesentliche Beeinträchtigung der Bewegungsfähigkeit" erforderlich sein; denn auch dann liegt schon eine Unfähigkeit vor, den btr. Bewegungsapparat zu den naturgemäßen Bewegungen zu gebrauchen; so die GM., insbs. cit. **RG**. 8. Dez. 90 u. Berlin 15. Mai 74 O. **15** 311, während Geyer HH. **3** 433, **4** 376 bedenklich ist. Hervorzuheben ist, daß nicht nur die Gliedmaßen des Körpers, sondern auch andere Körpertheile, wie z. B. die Gesichts- und Augenmuskeln, die Schließmuskeln der Blase und des Mastdarms, gelähmt werden können; Liman HH. **3** 482. Nach demjenigen aber, was oben N. 8 über den Begriff des „Verfallens" bemerkt wurde, erfüllt die Lähmung eines einzelnen Körpertheiles den Thatbestand des § 224 nicht, es sei denn, daß dadurch der gesammte Organismus des Verletzten erheblich beeinträchtigt würde; so: cit. **RG**. 8. Dez. 90, v. Liszt S. 330, H. Meyer S. 535, das cit. Dresden 2. Okt. 74, Lähmung des vierten Fingers der linken Hand, selbst partielle Lähmung der Hand sei kein „Verfallen in Lähmung", sowie die N. 8_1 citt. **RG**. 1. Feb. 82, 25. Sept. 84, es sei rechtsirrthümlich, ohne weiteres die Lähmung einiger Finger, die Steifheit eines Handgelenks, bzw. die Lähmung eines Armes ohne eingreifende Bewegungsstörungen für den Gesammtorganismus als „Lähmung" des ganzen Menschen zu qualifiziren. Meist erachtet man die Lähmung mindestens e i n e s „wichtigen Gliedes" (N. 5) für ausreichend; so: Merkel aO., Geyer HH. **3** 542, Puchelt N. 4, Rüd.-St. N. 9; auch Berlin 26. Sept. 72 G. **20** 541 neigt zu dieser Annahme, die jedoch nur unter der oben gedachten Voraussetzung für richtig erachtet werden kann.

Auch bezüglich der Lähmung ist behauptet worden, daß dieselbe begrifflich eine längere D a u e r voraussetze (so Berlin 15. Mai 74 O. **15** 311); es widerstreitet dem jedoch die Thatsache, daß viele Lähmungen nur von vorübergehender, von Hause aus absehbarer Zeit sind. Dennoch gehört zur Anwendung des § 224 mit Rücksicht auf den Ausdruck „verfallen in" (N. 8) eine längere Dauer der Lähmung; cit. **RG**. 8. Dez. 90 (auch wg. der Gleichstellung der „Lähmung", ebenso wie des „Siechthums" u. der „Geisteskrankheit" mit dem „V e r l u s t e eines wichtigen Gliedes" o. der „d a u e r n d e n Entstellung"), Rüd.-St. N. 9, v. Schwarze N. 10. Das Erforderniß der Unheilbarkeit wird aber hier, wie beim Siechthum, von der GM. verneint (z. B. von den citt. **RG**. 8. Dez. 90 u. Berlin) und zwar mit umsomehr Recht, als im Begriffe der Lähmung nicht einmal das Moment des Dauernden liegt; zu der entgegengesetzten Annahme neigt jedoch Geyer HH. **3** 542, **4** 376 N. 2 deshalb, weil „Lähmung und Verlust der Glieder möglichst in eine Parallele gebracht" werden müsse; das würde aber nur dann erforderlich sein, wenn in der That die Lähmung eines einzelnen „wichtigen Gliedes" unbedingt als ein „Verfallen in Lähmung" anzusehen wäre.

c) „G e i s t e s k r a n k h e i t"; zu derselben gehören nicht die oben § 51 N. 7b bezeichneten Bewußtlosigkeitszustände, einschließlich der Ohnmachten, momentanen Betäubungen ꝛc.; so: Hälschner **2** 101, Oppenh. N. 8, v. Schwarze N. 11. Im Weiteren erhebt sich aber die Streitfrage, ob auch die Verursachung einer vorübergehenden Geisteskrankheit i. e. S. unter § 224 falle; nach dem oben N. 8 Bemerkten ist die Frage jedoch zu verneinen; so: Herbst G. **26** 29, Puchelt N. 5; aM.: Geyer HH. **3** 536, Hälschner **2** 101, Oppenh. N. 8, v. Schwarze N. 11. Dagegen heben die beiden Letzteren u. ebenso **RG**. I 29. Okt. 83 R. **5** 649 mit Recht hervor, daß Unheilbarkeit nicht erfordert werde, während Herbst aO. zu der entgegengesetzten Ansicht neigt.

10) Ein Z u s a m m e n t r e f f e n mehrerer der im § 224 bezeichneten Folgen ist denkbar; so können z. B. Verlust eines wichtigen Gliedes, erhebliche Entstellung und Verfallen in Siechthum gleichzeitig vorliegen.

Zweifel, ob die eine oder die andere der Folgen anzunehmen sei, sind gleichfalls denkbar, so z. B. ob Verlust eines wichtigen Gliedes o. Entstellung, ob Siechthum o. Lähmung vorliege; vgl. Dresden 25. März 72 St. **1** 376. Demgemäß kommt auch hier in Frage, ob und inwieweit eine a l t e r n a t i v e F e s t s t e l l u n g zulässig sei (vgl. § 47 N. 29). Da die

Hdlg. selbst völlig unberührt bleibt, mag man das herbeigeführte Resultat unter die eine oder die andere der im § 224 bezeichneten Folgen subsumiren, da ferner dieselbe Strafsanktion Anwendung zu finden hat, gleichviel welche der dort bezeichneten Folgen eintritt, so wird man für die Zulässigkeit einer alternativen Feststellung sich zu entscheiden haben; dazu neigt auch Oppenh. N. 23.

11) Die Körperverltzg. muß einen oder mehrere (N. 10) der im § 224 bezeichneten straferhöh. Umst. „zur Folge" gehabt haben; es genügt daher nicht, wenn der Richter vielleicht auf Grund eines ärztlichen Gutachtens, annimmt, daß die Folge künftig eintreten werde, da möglicher Weise der als sicher vorausgesetzte Erfolg durch ein späteres Ereigniß, z. B. den Tod des Verletzten, ausgeschlossen werden kann; **RG**. III 28. Sept. 81 **R. 3** 546, I 25. März 86 **E. 14** 4, H. Meyer S. 536.

Der Gebrauch der Wendung „zur Folge haben" beruht hier, wie Rüd.-St. N. 3 bemerkt, auf „redaktionellen Rücksichten" und ist allgemeiner Annahme zufolge gleichbedeutend mit „verursacht"; vgl. deshalb Th. I Abschn. 4 N. 3_2 u. namentl. die in N. 2_{24} zum § 222 citt. den § 224 btr. Entsch.

Verursachung liegt auch dann z. B. vor, wenn in Folge der Körperverltzg. ein wichtiges Glied amputirt werden mußte, sie fehlt aber, wenn die Verletzung zwar den Erfolg demnächst hätte herbeiführen müssen, ein dazwischen tretender Umstand aber den Tod des Verletzten thatsächlich verursachte; Oppenh. N. 9, 16.

Da das Gesetz lediglich die Verursachung durch eine „Körperverletzung" verlangt, so muß auch die Herbeiführung einer der Folgen durch psychische Einwirkung (§ 223 N. 5_6) genügen, soweit solches überhaupt denkbar, was bezüglich des „Verfallens in Geisteskrankheit" der Fall ist; so v. Schwarze S. 622 A. 7; aM.: Oppenh. § 223 N. 19, Schmidt GS. **42** 62.

Ist die Verursachung einer der fragl. Folgen durch die Körperverltzg. zu bejahen, so kommt es darauf nicht an, ob der Erfolg dem Thäter als Fahrlässigkeit angerechnet werden kann; auch der nicht voraussehbare — also für den Thäter zufällige — Erfolg bedingt die Anwendung des § 224 und ist nur bei der Strafzumessung zu berücksichtigen; so die GM., insbs.: **RG**. 28. Sept. 81 **E. 3** 546, Berlin 8. Sept. 71, 1. Okt. 73, St. **1** 84, O. **14** 593; aM.: Berner S. 118, 520, Binding **1** 366, Hälschner **1** 327, **2** 28, Schütze S. 396.

12) Für den Dolus kommt in Betracht, daß der Eintritt einer der im § 224 bezeichneten Folgen vom Thäter nicht beabsichtigt sein darf, denn sonst würde § 225 Platz greifen. Ist sonach die schwere Körperverltzg. aus § 224 lediglich eine durch den Hinzutritt eines außerhalb des Wollens des Thäters liegenden Umstandes qualifizirte Körperverltzg. aus § 223, so kann auch der Dolus kein anderer sein als bei der leichten vorsätzl. Körperverltzg. (§ 223 N. 11); so auch Binding Normen **2** 518, der jedoch im Gegensatz zur GM. „auch bei der als solche unbeabsichtigten schweren Körperverltzg. die ganze Verletzung als vom Vorsatz umfaßt" erachtet, weil es „durchaus nicht angehe, die Verletzung in zwei Delikte oder in ein Delikt konkurrirend mit einem Zufall aufzulösen"; vgl. hiergegen jedoch Normen **2** 190 N. 255.

13) Ein Versuch des Verbr. ist nicht denkbar (§ 43 N. 5); **RG**. FS. 11. Aug. 83 **E. 9** 67.

Hinsichtlich der Theilnahme (Th. I Abschn. 3) gelten die allgemeinen Grundsätze; vgl. insbs. wegen Mitthäterschaft § 47 N. 11, wegen Anstiftung § 48 N. 17 b.

14) Wegen Idealkonk. (§ 73) mit Hochverrath vgl. § 82 N. 6, wegen des Verhältnisses zum § 227 das. N. 14, zum § 229_2 das. N. 9, zum § 340_2 das.

15) Die ordentliche Hauptstrafe ist wahlweise Zuchthaus von 1—5 (§ 14_2) oder Gefängniß von 1—5 J. (§ 16); neben Zuchth. kann nach § 32 BbbER. erkannt werden, dagegen nicht neben Gef.; vgl. das. N. 6_2. Wegen mild. Umst. vgl. § 228.

Wegen Buße vgl. § 231.

16) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in zehn Jahren; wegen des Beginnes der Verjährung vgl. das. N. 9.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. § 73^2.

§. 225.

War eine der vorbezeichneten Folgen beabsichtigt und eingetreten, so ist auf Zuchthaus von zwei bis zu zehn Jahren zu erkennen.

PrStGB. (fehlt). Entw. I (fehlt), II § 220.

1) Die schwere Körperverltzg. aus § 225 unterscheidet sich von derjenigen aus § 224 (vgl. das. N. 1, 12) lediglich dadurch, daß die eingetretenen Folgen „beabsichtigt" gewesen sein müssen; die auf Verursachung einer der im § 224 bezeichneten Folgen gerichtete Absicht ist sonach ein straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295. Demgemäß finden die N. 2—11 zum § 224 auch hier Anwendung.

2) Die auf den Erfolg gerichtete Absicht (N. 1) hat mit dem Dolus nichts zu thun (vgl. § 59 N. 16); dieser ist deshalb im Falle des § 225 derselbe wie der einer jeden vorsätzl. Körperverltzg. (§ 223 N. 11), was freilich die GM. nicht annimmt; so jedoch: Binding Normen 2 421, 518, 599 (die Absicht sei hier nur Beweismittel für die Intensität der Verschuldung), Baumgarten Versuch S. 365 (es sei nur an das treibende Motiv der Hdlg. eine schwerere Strafe geknüpft). Deshalb kann, wenn man mit der GM. eventuellen Dolus (§ 59 N. 6) für ausreichend erachten will, solches nur in dem Sinne geschehen, daß zwar kein volles Wissen hinsichtlich des Erfolgeintrittes vorzuliegen braucht, vom Vorliegen der „Absicht" aber nicht abgesehen werden kann; so Baumgarten aO. S. 366, auch v. Wächter S. 343.

3) Ein Versuch (§ 43) des Verbr. ist denkbar, und zwar auch ohne daß die Thätigkeit bis zur Vollendung einer einf. Körperverltzg. vorgeschritten sein muß; die Worte „und eingetreten" stehen nicht entgegen, da sie nur die Voraussetzung der vollendeten Strafthat bezeichnen; der § 225, welcher noch im Entw. I fehlte, ist sogar anscheinend (vgl. Berner Kritik S. 55) dem Gedanken entsprungen, daß der Versuch einer schweren Körperverltzg. als solcher nicht straflos bleiben dürfe; so die GM., insbs. RG. FS. 11. Aug. 83 E. 9 67, III 4. Juni 91 G. 39 224.

Versuch kann vorliegen, wenn entweder gar keine oder nur eine nicht schwere Körperverltzg. oder wenn eine andere schwere Folge, als beabsichtigt war (s. o. N. 2), eintrat.

4) Wegen Idealkonk. (§ 73) mit Hochverrath vgl. § 82 N. 6, wegen des Verhältnisses zum § 226 das. N. 2, zum § 229 das. N. 9_2, zu den §§ 251, 340 das.

5) Die Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus von 2—10 J., neben welchem nach § 32 VdbER. erkannt werden kann. Mild. Umst. sind lediglich in Folge eines von Thomsen GS. 30 91 nachgewiesenen (übrigens durch die StGN. nicht verbesserten) Redaktionsfehlers nicht zugelassen worden; dennoch kann, trotz der sich ergebenden unbefriedigenden Konsequenzen (vgl. § 226 N. 2), de lege lata kein Zweifel bestehen, daß die Annahme mild. Umst. nicht statthaft ist.

Der Versuch (N. 3) wird nach den §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 bestraft.

Wegen Buße vgl. § 231.

6) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in zehn Jahren; wegen des Beginnes der Verjährung vgl. das. N. 9.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73^{2-7}, 136^1.

§. 226.

Ist durch die Körperverletzung der Tod des Verletzten verursacht worden, so ist auf Zuchthaus nicht unter drei Jahren oder Gefängniß nicht unter drei Jahren zu erkennen.

PrStGB. § 194. Entw. I § 199, II § 221. StB. S. 667.

Vgl. § 228.

1) Die aus § 226 strafb. Körperverltzg. mit tödtlichem Erfolge, im w. S. auch als „schwere Körperverltzg." bezeichnet (§ 224 N. 1), steht zum § 223 in demselben Verhältniß wie die schwere Körperverletzung aus § 224; der Tod des Verletzten als objektiver, vom

Thäter nicht beabsichtigter Erfolg (denn anderenfalls würde ein vorsätzl. Tödtungsdelikt vorliegen) ist der straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295, welcher die Qualifikation der Körperverltzg. aus § 223 ausmacht; Berlin 23. Feb. 76 O. 17 132. Demgemäß ist wegen der vorsätzl. Körperverltzgen im allgemeinen zu vergleichen § 223 N. 1—15, während andererseits die N. 11—13 zum § 224 entsprechende Anwendung finden; dabei ist zu bemerken, daß § 226 des gewöhnlichen Ausdrucks „verursachen" statt des im § 224 gebrauchten „zur Folge haben" sich bedient.

2) Der spezielle Thatbestand des § 226 konsumirt den Konkurrenzfall von vorsätzl. Körperverltzg. und fahrl. Tödtung (§ 222); so: Schütze S. 395 N. 4, 397, v. Wächter S. 345; aM. Habermaas Idealkonk. S. 41.

Dem tödtlichen Erfolge der Körperverltzg. kann eine der im § 224 bezeichneten Folgen vorangehen; nothwendig ist solches aber nicht. Daraus ergiebt sich, daß das Verbr. aus § 226 in Idealkonk. (§ 73, insbs. N. 21 a) treten kann nicht nur mit dem, versuchten oder vollendeten, Verbr. aus § 225 (so John G. 25 404), sondern auch mit der schweren Körperverltzg. aus § 224; aM. H. Meyer S. 538. Da bei einem Zusammentreffen dieser Art nach § 73 stets § 226 zur Anwendung kommt, so ist die praktische Folge davon, daß bei Idealkonk. des § 225 (bzw. der §§ 225, 43) mit § 226 wegen der hier zugelassenen mild. Umst. (§ 228) auf Gefängniß erkannt werden kann, was dort sonst bei der Unzulässigkeit mild. Umst. (§ 225 N. 5) nicht möglich ist.

Wegen des Verhältnisses zum § 227 vgl. das. N. 14, zum § 229_2 das. N. 9, endlich zum § 340 daselbst.

3) Die ordentliche Hauptstrafe ist wahlweise Zuchthaus von 3—15 J. (§ 14_2) oder Gefängniß von 3—5 J. (§ 16); neben Zuchth. kann nach § 32 VbbEN. erkannt werden, dagegen nicht neben Gef.; vgl. das. N. 6_2. Wegen mild. Umst. vgl. § 228.

Wegen Buße vgl. § 231.

4) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in funfzehn Jahren; wegen des Beginnes der Verjährung vgl. das. N. 9.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73^{2-7}, 136^1.

§. 227.

Ist durch eine Schlägerei oder durch einen von Mehreren gemachten Angriff der Tod eines Menschen oder eine schwere Körperverletzung (§. 224) verursacht worden, so ist Jeder, welcher sich an der Schlägerei oder dem Angriffe betheiligt hat, schon wegen dieser Betheiligung mit Gefängniß bis zu drei Jahren zu bestrafen, falls er nicht ohne sein Verschulden hineingezogen worden ist.

Ist eine der vorbezeichneten Folgen mehreren Verletzungen zuzuschreiben, welche dieselbe nicht einzeln, sondern nur durch ihr Zusammentreffen verursacht haben, so ist Jeder, welchem eine dieser Verletzungen zur Last fällt, mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

PrStGB. § 195. Entw. I § 200, II § 222. StB. S. 667 f., 1173.

Vgl. § 228.

Zu §§ 227, 367^{10}. Entstehungsgeschichte. N. 1.

1) Im Abs. 1 des dem § 227 entsprechenden § 195 des PrStGB. lauteten die Schlußworte: „insofern nicht festgestellt wird, daß er ohne sein Verschulden hineingezogen worden".

Der Entw. I § 200, welcher im übrigen dem cit. § 195 fast völlig sich anschloß, namentlich auch noch den Abs. 3 desselben beibehielt, wonach „die Anwendung der Gesetze über Mord und Todtschlag, sowie schwere Körperverletzung bzw. Theilnahme daran nicht ausgeschlossen" werden sollte, veränderte die Fassung jener Schlußworte dahin: „insofern er nicht ohne sein Verschulden hineingezogen worden ist". Der Entw. II substituirte dem „insofern"

lediglich „falls". Die Motive beider Entw. schweigen über den Grund dieser demnächst zum Gesetz erhobenen Abänderung.

Die RTkommission brachte als Abs. 1 noch folgende Bestimmung in Vorschlag: „Wer bei einer Schlägerei o. bei einem von Mehreren gemachten Angriffe ein Messer zückt, wird, selbst wenn eine Körperverltzg. nicht verursacht worden ist, mit Gefängniß nicht unter vierzehn Tagen bestraft, falls er nicht ohne sein Verschulden hineingezogen worden ist".

Dieselbe erhielt jedoch auf Grund der Anträge Lasker u. v. Schwarze (Aktenst. Nr. 114 I 3, Nr. 117 II 1) in der zweiten Berathung des RT. folgende Fassung:

„Wer, ohne unverschuldet hineingezogen zu sein, bei einer Schlägerei oder bei einem Angriff, einer Schuß-, Stich- oder Hiebwaffe sich bedient, wird, selbst wenn eine Körperverletzung nicht verursacht worden ist, mit Geldstrafe bis zu funfzig Thalern oder mit Haft bestraft".

Auf Grund eines sog. vereinbarten Abänderungsantrages (Aktenst. Nr. 182 Z. 33) wurde in der dritten Berathung beschlossen:

a. den in zweiter Berathung zum § 227 beschlossenen ersten Absatz dort zu streichen;

b. in den § 367 die Nr. 10 in folgender Fassung einzustellen:

„wer bei einer Schlägerei, in welche er nicht ohne sein Verschulden hineingezogen worden ist, oder bei einem Angriff sich einer Schuß-, Stich- oder Hiebwaffe oder eines anderen gefährlichen Instrumentes bedient".

Auf Anregung des Entw. der StGN. wurde, einem Antrage des Abg. Fürsten v. Hohenlohe-Langenburg (Aktenst. 1875/76 Nr. 117II) entsprechend, der § 367[10] demnächst durch die StGN. mit § 223a dahin in Uebereinstimmung gebracht, daß den Worten „Schuß-, Stich- oder Hiebwaffe oder eines anderen gefährlichen Instruments" substituirt wurde: „Waffe, insbesondere eines Messers oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges".

Zu § 227. N. 2—21. Allgemeine Voraussetzungen. N. 2—6.

2) Die allg. Voraussetzungen des sog. Raufhandels (vgl. § 201 N. 5) sind:

a. eine Schlägerei oder ein von Mehreren gemachter Angriff und

b. dadurch verursacht der Tod oder die schwere Körperverletzung eines Menschen.

3) „Schlägerei" bezeichnet einen in Thätlichkeiten, die als Körperverltzgen sich qualifiziren, ausgebrochenen Streit von mehr als zwei Personen; abgesehen davon, daß auch bei dem durch einen Angriff veranlaßten Raufhandel mindestens drei Personen betheiligt sein müssen (N. 4), so würde auch eine Spezialbestimmung, wie § 227 sie trifft, für den Fall, daß nur zwei Personen gegenseitig zu Körperverltzgen übergingen, keinen Zweck haben; so die GM., insbs. Berlin 7. Mai 74 St. **4** 44; aM. Rubo N. 2, der die Betheiligung von nur zwei Personen für ausreichend erachtet.

4) „Ein von Mehreren gemachter Angriff" kann nur als thätlicher Angriff in dem § 113 N. 25 erläuterten S. verstanden werden; so **RG.** II 21. Sept. 88 **R. 10** 505 (btr. § 367[10]), welches den Angriff verneinte bei Abgabe eines Schusses in die Luft ohne die Absicht, Jemand zu verletzen; aM. Meves HH. **4** 313 (der thätl. Angriff im § 113 habe eine weitere u. umfassendere Bedeutung); daß bereits seitens der Angreifenden ein körperliches Anfassen des Gegners stattgefunden habe, ist nicht unbedingt erforderlich (s. u. N. 8). Da der Angriff von „Mehreren" (§ 47 N. 1) gemacht sein muß, so genügt es nicht, wenn Einer zwei Andere angreift und diese sich wehren; aM. v. Kirchmann N. 1.

5) Ob eine Schlägerei bzw. ein Angriff im Falle einer Fortsetzung als eine Einheit anzusehen sei, ist wesentlich Thatfrage; so die GM., insbs. **RG.** III 27. Nov. 80 **E. 3** 240. Es kann jedoch bei der Beurtheilung eines solchen Falles auch ein Rechtsirrthum unterlaufen; so würde es z. B. irrthümlich sein, die Einheit deshalb zu verneinen, weil die Thätigkeit der mehreren Angreifer keine gleichzeitige war, vielmehr die Mißhdlgen seitens derselben successiv zugefügt wurden; vgl.: Berlin 3. Nov. 75 St. **5** 341, München 16. Jan. 75 BayerE. **5** 11.

6) Durch die Schlägerei oder durch den Angriff Mehrerer muß „der Tod eines Menschen oder eine schwere Körperverletzung", d. h. eine der im § 224 (das. N. 1) bezeichneten Folgen, „verursacht" worden sein. Ob der einen solchen Erfolg verursachende

Umstand eine Schlägerei oder ein Angriff war, erscheint als eine bloße Modalität des strafb. Raufhandels, der wesentlich derselbe bleibt, je nachdem eine Schlägerei oder ein Angriff Mehrerer stattfand; es ist hiernach bezüglich dieser eine alternative Feststellung (§ 47 N. 29) für ausreichend zu erachten.

Im übrigen kommt es lediglich auf den ursächlichen Zusammenhang an; so: RG. IV 11. Nov. 84 E. II 237, Berlin 7. Mai 74 St. 4 44. Bei vorliegendem Kausalzusammenhange (vgl. § 224 N. 11) ist es daher gleichgültig, ob der Getödtete bzw. Verletzte bei der Schlägerei oder dem Angriff „betheiligt" war oder nicht, wie z. B. ein ruhestiftender Polizeibeamter. Es ist aber ferner unerheblich, ob die Folge Jemandem als vorsätzl. oder fahrl. That zuzurechnen ist; die Bestrafung erfolgt wegen der Betheiligung an dem Raufhandel, ohne Rücksicht, ob irgend Jemand für die eingetretene Folge überhaupt strafrechtlich verantwortlich, geschweige denn überführbar ist; RG. I 3. Jan. 84 E. 9 370 (der Sinn des § 227 sei lediglich die Betheiligung an einer Schlägerei, welche wegen des Erfolges eine als Vergehensstr. angedrohte, ihrer eigentlichen Natur nach aber präventiv angedrohte Polizeistrafe als erforderlich habe erscheinen lassen), Berner S. 522, v. Liszt S. 342, Oppenh. N. 14; vgl. dagegen Binding I 590 u. Löning S. 93, die in der Bestimmung eine Präsumtion der Verursachung durch die an der Schlägerei Betheiligten sehen. Es kann deshalb die Folge auch nachweislich durch eine Nothwehrhdlg. verursacht und deshalb straflos sein; Hälschner 2 109 N. 2, F. Meyer N. 8. Lediglich dann findet § 227 keine Anwendung. wenn die Tödtung oder schwere Verletzung nur „neben dem Raufhandel liegt, ohne durch ihn verursacht worden zu sein", also auf einem Zufalle beruht, wie z. B. wenn Jemand während des Raufhandels zufällig von einem Schlagfluß berührt wird; so: cit. RG. 11. Nov. 84, Berner S. 522, H. Meyer S. 566, Oppenh. N. 7, Puchelt N. 4, auch v. Schwarze N. 8, jedoch wird in den von ihm angeführten Beispielen die Bestrafung aus § 227 nicht ausgeschlossen sein. Mit Recht sieht auch das cit. RG. u. ebenso Geyer 2 20 die Anwendung des § 227 da nicht für ausgeschlossen an, wo der Tod mittels Selbstverletzung bei der durch den Angriff gebotenen Vertheidigung herbeigeführt wurde.

Aus den gesammten Ausführungen erhellt, daß „schwere Körperverltzg.", wie auch die Zusammenstellung mit „Tod eines Menschen" zeigt, lediglich im objekt. S. gebraucht ist.

Zu § 227 Absatz 1. N. 7—14.

7) Die speziellen Voraussetzungen, welche zu den allg. hinzutreten müssen, um die Anwendung des Absatzes 1 zu rechtfertigen, sind, daß der Thäter „an der Schlägerei oder dem Angriffe sich betheiligt hat" und „nicht ohne sein Verschulden hineingezogen worden ist".

Ob dieser letztere Umstand in der That eine positive und deshalb stets der Feststellung bedürfende Voraussetzung der Schuld oder ob er nur ein Strafausschließungsgrund sei (bezüglich dessen im schwurgerichtl. Verfahren nach StPO. § 295 eine Feststellung garnicht zu treffen sein würde) ist allerdings zweifelhaft; die überwiegende M., insbs. Berlin 12. Nov. 73 O. 14 711, nimmt das letztere an, dennoch erscheint die von Rubo N. 6 vertretene gegentheilige Ansicht, der sich jetzt auch H. Meyer S. 566 N. 8 u. Rüd.-St. N. 6 angeschlossen haben, als die richtige. Entscheidend hierfür ist wesentlich die Entstehungsgeschichte (N. 1). Das PrStGB. § 195 stellte zweifellos einen Strafausschließungsgrund auf; die Entwürfe änderten zwar die Fassung desselben in die demnächst zum Gesetz erhobene ab, da aber die Motive hierfür einen Grund nicht angeben, so ist anzunehmen, daß nicht eine weitgreifende, materielle Aenderung beabsichtigt worden sei, sondern nur eine formelle, indem die das prozessualische Moment betonende Ausdrucksweise des PrStGB. mit der Sprachweise der Entwürfe nicht harmonirte; diese neue Fassung kehrte demnächst in dem Abs. 1 wieder, welcher nach Antrag der RTkommission der vom Entw. vorgeschlagenen Bestimmung vorgesetzt werden sollte; es berechtigt nichts zu der Annahme, daß die Kommission mit der Fassung einen anderen Sinn verbinden wollte wie der Entwurf. Anders gestaltete sich die Sachlage nach Annahme des Antrages Lasker in der zweiten Berathung; denn Abs. 1 erhielt nun eine dergestalt veränderte Fassung, daß das Hineinziehen des Thäters ohne Verschuldung eine positive Voraussetzung wurde und als Strafausschließungsgrund nicht angesehen werden

konnte; daß die Eingangsworte „Wer, ohne unverschuldet hineingezogen zu sein ꝛc." in der That so aufzufassen waren, ergab nicht nur der Wortlaut, sondern namentlich auch die Fassung, welche dem Abs. 1 als Nr. 10 des § 367 in der dritten Berathung auf Grund eines vereinbarten Antrages gegeben wurde; der Eingang des § 367[10] kann ohne Verstoß gegen den klaren Wortlaut als Aufstellung eines Strafausschließungsgrundes nicht aufgefaßt werden; bei dieser Sachlage kann aber auch nicht anders angenommen werden, als daß die mehrfach erwähnten Worte des Abs. 2 des § 227 (nach den Beschlüssen der zweiten Berathung) gleichfalls jenen Sinn haben sollten, da sonst in den §. ein bedenklicher Zwiespalt hineingetragen worden sein würde; die Versetzung des § 227_1 in den Abschn. 29 als § 367[10] erfolgte aber nur deshalb, weil er lediglich eine Uebertretungsstrafe androhte; daraus muß gefolgert werden, daß der seit den Beschlüssen der zweiten Berathung den Worten untergelegte Sinn beibehalten wurde, um so mehr als anderenfalls zwischen § 227 und § 367[10] eine Disharmonie bestehen würde, die um so auffallender wäre, weil das Hineinziehen ohne Verschuldung bei einer **Uebertretung** positives Erforderniß der Bestrafung, bei einem **Vergehen** dagegen nur Strafausschließungsgrund sein würde. Bei der Zweifelhaftigkeit der Sache kommt für die hier vertretene, dem Angeklagten günstigere Auffassung auch noch der Satz in dubio mitius in Betracht. Damit stimmt sachlich auch die Rechtsprechung des **RG.** (s. u. N. 9) überein, die ausdrückliche Feststellung der verschuldeten Hineinziehung verlangt.

8) **Betheiligung an der Schlägerei oder dem Angriffe.** Das PrStGB. § 195 sprach in seiner ursprünglichen Fassung von „Theilnahme"; die Abänderung dieses Ausdruckes in „**Betheiligung**" wurde demnächst in dem „Entw. eines G. btr. die Abänderung einiger Bestimmungen des PrStGB." vorgeschlagen und in den Regierungsmotiven (G. **3** 858) damit begründet, daß eine Ungenauigkeit der Redaktion habe verbessert werden sollen, da „Theilnahme" eine hier nicht zutreffende Bedeutung habe, wobei auf die Bestimmungen des Th. I über Theilnahme verwiesen wurde; der Vorschlag selbst und die Begründung desselben fand die Zustimmung der betreffenden Kommissionen beider Häuser des Landtages (G. **4** 117, 131), und erfolgte alsdann durch das G. v. 14. Apr. 1856 die beantragte Abänderung. Nach diesen Vorgängen darf angenommen werden, daß das RStGB. mit dem Ausdrucke „Betheiligung" die „Theilnahme" im technischen S. des Th. I Abschn. 3 gleichfalls nicht habe bezeichnen wollen, sondern jenen gerade deshalb gewählt habe, um anzudeuten, daß es um „Theilnahme" im e. S. sich hier nicht handele; dem steht auch nicht entgegen, daß im § 63 (das. N. 5a) das Wort „betheiligt" durch eine beigefügte Parenthese als „Thäter und Theilnehmer" erläutert wird, denn es handelt sich dabei nicht um eine Definition „im Sinne dieses Strafgesetzes" (vgl. § 8 N. 1), sondern vielmehr um eine speziell für den § 63 gegebene Begriffserläuterung; so die GM., insbs.: **RG.** I 3. Jan. 84 E. **9** 370 (der Ausdruck, i. S. des gem. Lebens verstanden, umfasse jeden nicht ohne Verschulden in eine Schlägerei Mitverwickelten), Dresden 2. Okt. 74 St. **5** 70, Schütze H. 398; aM. Rubo N. 5. Handelt es sich aber auch nicht um Theilnahme im technischen S., so wird doch, wie im § 115 (das. N. 4), erfordert werden müssen, daß die Betheiligung zugleich eine körperliche und geistige sei; **RG.** I 17. Okt. 81 E. **5** 170 (betheiligt an einer Schlägerei erscheine nur derjenige, welcher bei ihr gegenwärtig sei und physisch oder intellektuell dazu mitwirke, daß geschlagen werde), Hälschner **2** 108 insbs. N. 3, v. Liszt S. 343. Das erstere ist hier aus der Eigenthümlichkeit des § 227 selbst zu folgern, der seinem Gedanken nach entschieden eine persönliche Antheilnahme am Raufhandel erfordert; derjenige, welcher außerhalb derselben bleibend, nur solchen geistigen Antheil hat, daß er persönlich Betheiligte zu Thätlichkeiten anstiftete oder durch Rath unterstützte, ist selbst als „betheiligt an der Schlägerei ꝛc." nicht anzusehen. Aber auch nicht Jeder, der körperlich unter den sich Raufenden anwesend, ist deshalb schon ein „an der Schlägerei oder an dem Angriff Betheiligter"; so zunächst nicht derjenige, der lediglich Objekt des Angriffs war, ebensowenig derjenige, welcher zwischen die Streitenden sich begiebt, nur um zum Frieden zu reden oder um Verletzte fortzuschaffen; **RG.** I 10. Nov. 87 R. **9** 584 (der Begriff der Betheiligung erfordere nicht blos, daß der Betreffende z. B. und am Orte des Zusammenstoßens der Mehreren unter diesen sich befinde, sondern hierbei auch in **feindseliger** Weise gegen irgend Jemand sich verhalte); vgl. jedoch Oppenh. N. 15, der

hier „unverschuldetes Hineinziehen", also doch „Betheiligung" annimmt. Endlich genügt auch nicht die bloße Anwesenheit, wenn jede aktive Betheiligung fehlt; so außer dem cit. **RG.**: Merkel HRl. „Körperverl.", Geyer HH. **3** 553, Oppenh. N. 9; aM. F. Meyer N. 5. Andererseits aber genügt jede aktive Betheiligung und ist nicht mit Binding Normen **I** 131 „von einem solchen Betheiligten mindestens zu verlangen, daß er mitgeschlagen, also einen Versuch der Körperverltzg. gemacht habe"; es genügt vielmehr jede reelle, auch nicht in Thätlichkeiten sich äußernde Antheilnahme, wie z. B. durch anreizenden Zuruf, durch Abhalten der Hülfe; Berlin 27. Sept. 87 St. **8** 169, Geyer, Oppenh. aO. Vgl. übrigens wegen „Betheiligung an einem Angriffe" noch u. N. 11₂.

9) Hineingezogensein nicht ohne sein Verschulden. Wenn es zur Voraussetzung der Schuld und damit der Strafbarkeit gehört (s. o. N. 7), daß der Betheiligte „nicht ohne sein Verschulden" hineingezogen worden sei, so muß ihm positiv ein „Verschulden" (vgl. §§ 54 N. 7b, 213 N. 3b) nachgewiesen werden; so auch **RG.** I 10. Nov. 87, II 6., 16. Nov. 88, R. **9** 584, **10** 627, 668; das setzt aber einerseits nicht voraus, daß der Betreffende allein die Schuld gehabt haben müsse, noch daß er von vornherein schuldbar sich betheiligt hatte; vielmehr ist denkbar, daß er Anfangs überhaupt nicht aktiv sich betheiligte (N. 8) oder, wenn er solches that, zunächst „unverschuldet" hineingezogen war und daß er erst im Verlaufe des Vorganges selbst absichtlich und ohne Nöthigung zu Körperverltzgen Anderer schritt; Berlin 28. Apr. 76 St. **5** 72, Oppenh. N. 15. Andererseits schließt ein „verschuldetes Hineinziehen" keineswegs aus, daß Andere die Schlägerei begonnen haben, vielmehr kann das „nicht unverschuldete Hineinziehen" in einer vorherigen Reizung der Angreifenden gelegen haben; **RG.** III 27. Nov. 80 E. **3** 236.

Uebrigens kann ein „Hineinziehen ohne Verschulden" nicht blos bei einer Schlägerei, sondern unter Umständen, wenn auch seltener, bei einem Angriffe Mehrerer stattfinden; derjenige allerdings, welcher von einer zum Angriffe stürmenden Menschenmenge mitgerissen wird (Rubo N. 7), ist richtiger Ansicht nach an demselben überhaupt nicht „betheiligt" (s. o. N. 8), es ist aber denkbar, daß ein Angriff Mehrerer für alle oder einzelne Betheiligte sich als Nothwehrhandlung (§ 53 N. 12d) darstelle (vgl. übrigens u. N. 12); so, außer Rubo, Schütze S. 398 N. 17; aM.: Hälschner **2** 109, John HRl. „Raufhdl." (wg. d. Wortfassung des § 367¹⁰), H. Meyer S. 566, F. Meyer N. 9, Oppenh. N. 15, während v. Schwarze N. 17 in Wahrheit mit dem von ihm als divergirend bezeichneten Schütze übereinstimmt. Die abweichende Fassung im § 367¹⁰ steht nicht entgegen, da ein mit einer Waffe bewirkter Angriff des Thäters selbst vorausgesetzt wird, während die Ausdrucksweise des § 227 nur unter der Voraussetzung eines Angriffs Mehrerer zutreffend ist; ähnlich Rubo N. 7.

10) „Wegen dieser Betheiligung" hat die Bestrafung zu erfolgen; die „Betheiligung" als solche ist folglich zu einem delictum sui generis erhoben (v. Liszt S. 342), weshalb ein „Betheiligter" auch durch den Nachweis, daß er den eingetretenen schweren Erfolg persönlich nicht verursacht habe, von der Bestrafung aus § 227 nicht befreit wird (**RG.** III 15. Juni 83 E. **8** 369), sowenig wie durch den positiven Nachweis, daß ein Anderer die Verletzung verursacht habe (Merkel S. 301). Darnach muß die Betheiligung genügen, wenn sie auch nur in irgend einem Zeitpunkte des Raufhandels stattfand, so lange derselbe als eine Einheit — als „einheitlicher, identischer Raufhandel" — anzusehen ist (N. 5); es ist nicht nothwendig, daß die Betheiligung gerade in dem Moment stattfand, wo der schwere Erfolg herbeigeführt wurde, falls dieser Zeitpunkt überhaupt nachweisbar sein sollte; so: **RG.** III 27. Nov. 80 E. **3** 236, 15. Juni 83 (s. o.), München 16. Jan. 75 BayerE. **5** 11, v. Liszt S. 343, Rüd.-St. N. 4; aM. Berlin 3. Nov. 75 St. **5** 341 (die successive Betheiligung könne zwar zur Charakteristik des Vorganges als eines „Angriffs Mehrerer" mit herangezogen werden, die zur Zeit des Eintritts des Erfolges Unbetheiligten könnten aber nicht aus § 227 bestraft werden), ferner: Geyer HH. **4** 380, Blum N. 6, F. Meyer N. 7, Oppenh. N. 10, Puchelt N. 4, v. Schwarze N. 6.

11) „Jeder, welcher sich betheiligt hat," ist zu bestrafen; deshalb unterliegt auch ein schwer Verletzter selbst der Bestrafung, wenn nur der Tod oder die schwere Körperverletzung eines Anderen außerdem verursacht wurde; so die GM. Ohne diese Voraus-

setzung wird aber der selbst schwer Verletzte aus § 227 nicht strafbar sein, weil der dem Gesetz zu Grunde liegende Gedanke, daß die schwere Körperverletzung auch bei mangelndem Nachweise der Thäterschaft aus polizeilichen Gründen nicht ungesühnt bleiben dürfe, dem allein schwer Verletzten gegenüber nicht durchgreift; so: Oppenh. N. 12, Puchelt N. 2; aM.: Rubo N. 5, Rüd.-St. N. 4.

Bei einer Schlägerei ist es deshalb auch gleichgültig, ob der Betheiligte dem Getödteten (Verletzten) gegenüber oder ob er ihm zur Seite stand; so die GM., insbs.: RG. III 15. Juni 83 E. 8 369, Berlin 6. Okt. 74 St. 4 153. Bei einem Angriffe dagegen können diejenigen, welche auf Seiten des Angegriffenen standen, der Bestrafung nicht verfallen, weil sie an dem „Angriffe" nicht betheiligt waren; Blum N. 6. Zweifellos aber sind die am Angriffe Betheiligten zu bestrafen, wenn auch einer der Angreifer selbst ums Leben kam; RG. II 2. Nov. 83 E. 9 148.

12) Bezüglich des Einwandes der Nothwehr (§ 53) ist zwischen der Betheiligung an einer Schlägerei und derjenigen an einem Angriffe Mehrerer zu unterscheiden. Bei der ersteren kann der Natur des Verg. nach jener Einwand nicht erhoben werden; denn wenn auch der Betheiligte während einzelner Stadien sich in Nothwehr befunden haben und deshalb von der strafrechtlichen Verantwortung für eine während derselben ausgeführte Verletzung des Gegners befreit sein sollte (so auch Mannheim 23. Okt. 75 BadA. 42 13), so handelt es sich im Falle des Abs. 1 nicht um die Bestrafung wegen einer Körperverltzg., sondern vielmehr wegen der Betheiligung am Raufhandel, die strafbar ist, „falls der Betheiligte nicht ohne sein Verschulden hineingezogen worden ist"; die Nothwehr im einzelnen Stadium der Schlägerei deckt sich aber keineswegs mit dem „Hineingezogensein ohne Verschuldung"; so: RG. III 27. Nov. 80 E. 3 236, II 6. Nov. 88 R. 10 627, Hälschner 2 109, Oppenh. N. 9, 18, Rüd.-St. N. 5, v. Schwarze N. 6. Ein Angriff Mehrerer dagegen kann geradezu eine Nothwehrhdlg. sein (N. 9_2); der Einwand, daß die Betheiligung an einem Angriffe Mehrerer aus Nothwehr erfolgt sei, ist daher an sich zu beachten, deckt sich aber mit dem Bestreiten des Betheiligten, daß er schuldvoll hineingezogen worden sei, bzw. nach der anderen Auffassung (s. o. N. 7) mit der Geltendmachung des Strafausschließungsgrundes, daß der Betheiligte ohne sein Verschulden hineingezogen worden sei.

13) Der Dolus besteht in dem Bewußtsein, daß man sich an einer Schlägerei oder an einem Angriffe Mehrerer betheilige, ohne unverschuldet hineingezogen worden zu sein; nach der GM., die in dem unverschuldeten Hineingezogenwerden nur einen Strafausschließungsgrund sieht (N. 7), erstreckt sich das erforderliche Bewußtsein auf diesen letzteren Umstand nicht mit; vgl. z. B.: Blum N. 7, Oppenh. N. 13. Uebrigens würde auch nach dieser letzteren Auffassung der Betheiligte nicht strafbar sein, wenn er irrthümlich Thatumstände annahm, die, falls sie wirklich vorgelegen hätten, sein Hineingezogenwerden als ein unverschuldetes hätten erscheinen lassen (§ 59 N. 25d).

14) Was das Verhältniß des § 227 Abs. 1 zu anderen §§. des StGB. anbetrifft, so ist zunächst die Wendung „schon wegen dieser Betheiligung" zu beachten, weil daraus erhellt, daß der Gesetzgeber keineswegs beabsichtigt hat, die Bestrafung des Betheiligten „wegen Mordes oder Todtschlages oder wegen schwerer Körperverletzung oder wegen Theilnahme an diesen Handlungen" auszuschließen; dies hob der als überflüssig gestrichene (Rüd.-St. N. 2) Abs. 3 des PrStGB. § 195 ausdrücklich hervor. Hiernach kann das Verg. aus § 227_1 ideell konkurriren (§ 73) mit Strafthaten aus den §§ 211 ff., 224 ff.; so die GM., insbs. RG. III 10. Dez. 87 R. 9 716; aM. Binding 1 362, die Strafdrohung des § 227 sei insofern subsidiär, als sie nur denen gelten wolle, welche als Urheber des Todes 2c. nicht zu erweisen seien, ebenso H. Meyer S. 567, Schütze S. 898 u. v. Schwarze N. 1, auch Hälschner 2 108 N. 1, es liege Gesetzeskonk. vor. Aber auch mit den §§ 223, 223a kann Idealkonk. stattfinden, und zwar nicht nur bei Verletzung eines Dritten außer dem Getödteten oder schwer Verletzten, sondern auch dieser letzteren selbst, sobald nur nicht die — leichte bzw. gefährliche — Verletzung im Zusammentreffen mit anderen Verletzungen den Tod oder die schwere Körperverltzg. verursacht hat, in welchem Falle die Spezialbestimmung des § 227_2 Platz greift; so die GM., insbs. München 12. Jan. 74 St. 3 330, auch Schütze S. 398; aM. Merkel HRl. „Körperverl.", weil Jemand „nicht zugleich

nach beiden Gesetzen für seine That haftbar gemacht werden könne", ein Grund, der jeder Idealkonk. entgegengestellt werden könnte.

Zu § 227 Absatz 2. N. 15—18.

15) Die spezielle Voraussetzung, welche zu den allgemeinen hinzutreten muß, um die Anwendung des Absatzes 2 zu rechtfertigen, geht dahin,

„daß eine der im Abs. 1 bezeichneten Folgen mehreren Verletzungen zuzuschreiben ist, welche dieselben nicht einzeln, sondern nur durch ihr Zusammentreffen verursacht haben".

„Verletzungen" bezeichnet diejenigen Körperverltzgen i. S. des § 223, welche mittels einer „Thätlichkeit" verübt sein können (s. o. N. 3, 4); demnach ist der Begriff auf „äußere Wunden oder Beschädggen im Innern des Körpers" nicht beschränkt; Oppenh. N. 20.

Im übrigen ist wegen einer Verursachung durch zusammentreffende Faktoren § 222 N. 2₃ zu vergleichen.

16) Das „Hineingezogensein des Betheiligten nicht ohne sein Verschulden" ist keine Voraussetzung (N. 7) für die Anwendung des Abs. 2; so: Berlin 28. Apr. 75 St. 5 72, H. Meyer S. 567 N. 11, Oppenh. N. 22, Rubo N. 9, Rüd.-St. N. 10, v. Schwarze N. 13; aM. Merkel HRl. „Körperverl.". Dagegen ist der konkreten Verletzung gegenüber, welche den Thatbestand des Abs. 2 bildet, der Einwand der Nothwehr stets erheblich (N. 12).

17) „Jeder, welchem eine dieser Verletzungen zur Last fällt", ist aus Abs. 2 strafbar. Jemandem fällt die Verletzung eines Anderen „zur Last", wenn sie von ihm ausgegangen, d. h. (von Strafausschließungsgründen abgesehen) vorsätzlich oder auch nur fahrlässig zugefügt worden ist; auch Fahrlässigkeit genügt zur Erfüllung des Thatbestandes und kann nur innerhalb der Strafzumessung berücksichtigt werden; so: Berlin 27. Sept. 77 St. 8 169, Rubo N. 9; aM.: Hälschner 2 110, v. Liszt S. 343, v. Kirchmann N. 1, Oppenh. N. 20. Die Zufügung einer für den tödtlichen oder schweren Erfolg irrelevanten Verletzung rechtfertigt dagegen die Anwendung des Abs. 2 nicht (N. 14); Schütze S. 398 N. 14, Oppenh. N. 19.

Der Absatz 2 beruht übrigens auf der Voraussetzung, daß diejenigen Personen, welche die verschiedenen Verletzungen zugefügt haben, nicht als Mitthäter gehandelt haben; denn anderenfalls würden einem jeden der Betheiligten alle Verletzungen (und nicht blos eine derselben) nach den Grundsätzen der Mitthäterschaft zur Last fallen (§ 47 N. 11); so Hälschner 2 110; aM. v. Liszt S. 343, auch Merkel S. 301, der die Bestimmungen dieses Abs. für überflüssig erachtet.

18) Ein Versuch des Verbr. ist nicht denkbar; vgl. § 43 N. 5.

Theilnahme; Strafe; Verjährung, Zuständigkeit. N. 19—21.

19) Theilnahme durch Anstiftung oder Beihülfe (§§ 48, 49) kann sowohl im Falle des Abs. 1 wie des Abs. 2 stattfinden; Oppenh. N. 2, v. Schwarze N. 15.

20) Im Falle des Abs. 1 ist die Strafe Gefängniß von 1 T.—3 J. (§ 16).

Im Falle des Abs. 2 ist die ordentliche Hauptstr. Zuchthaus von 1—5 J. (§ 14₂), neben welchem nach § 32 VdbER. erkannt werden kann. Wegen mild. Umst. vgl. § 228.

Wegen Buße vgl. § 231.

21) Die Strafverfolgung verjährt beim Verg. (Abs. 1) nach § 67₃ in fünf, beim Verbr. (Abs. 2) nach § 67₁ in zehn Jahren.

Zuständig ist für das Verbr. u. für das Verg. Strafk.; GVG. §§ 73²·¹, 27.

§. 228.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so ist in den Fällen des §. 223 Abs. 2 und des §. 223 a auf Gefängniß bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bis zu eintausend Mark, in den Fällen der §§. 224 und 227 Abs. 2 auf Gefängniß nicht unter Einem Monat, und im Falle des §. 226 auf Gefängniß nicht unter drei Monaten zu erkennen.

PrStGB. § 196. Entw. I § 201, II § 223. StB. S. 1173.
Entw. d. StGN. Art. I § 228. Aktenst. 1875/76 Nr. 54, 145. StB. 1875/76 S. 807.

1) Mildernde Umstände (vgl. Th. I Abschn. 4 N. 13 ff., namentl. N. 16 wegen der obligatorischen Androhung), wozu insbs. auch eine Reizung unter den im § 213 bezeichneten Umständen gerechnet werden kann, sind zugelassen bei den Verg. aus §§ 223_2, 223a sowie bei den Verbr. aus §§ 224, 226, 227_2.

2) Verlust d. bER. darf nach § 32 nur im Falle des § 227_2 erkannt werden, dagegen namentl. nicht in den Fällen des § 224 (das. N. 15) oder des § 226 (das. N. 3).

§. 229.

Wer vorsätzlich einem Anderen, um dessen Gesundheit zu beschädigen, Gift oder andere Stoffe beibringt, welche die Gesundheit zu zerstören geeignet sind, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft.

Ist durch die Handlung eine schwere Körperverletzung verursacht worden, so ist auf Zuchthaus nicht unter fünf Jahren und, wenn durch die Handlung der Tod verursacht worden, auf Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder auf lebenslängliches Zuchthaus zu erkennen.

PrStGB. § 197. Entw. I § 202, II § 224.

Anl. 3 z. d. Motiven: Erörterung strafrechtl. Fragen aus dem Gebiete der gerichtl. Medizin Nr. VII (Begriff des Ausdrucks „Gift").

1) Das Verbr. der sog. Vergiftung erfordert zwar auf Seiten des Thäters die Absicht, die Gesundheit eines Anderen zu beschädigen, setzt jedoch in seinem einfachen Thatbestande (Abs. 1) keineswegs den Eintritt eines Erfolges voraus; die Strafandrohung richtet sich somit gegen den Versuch (§ 43 N. 3 b) einer vorsätzl. Körperverlzg., insofern derselbe begangen wird mittels „Gifts oder anderer Stoffe, welche die Gesundheit zu zerstören geeignet sind"; so die GM.; Geyer HH. 3 560 u. 4 383 definirt zwar die Vergiftung als vorsätzl. Gesundheitsbeschädgg. durch Gift, verkennt aber doch nicht, daß das Verbr. bereits mit der Beibringung des Giftes vollendet sei. Mit Recht nimmt deshalb auch die GM. an, daß § 46² auf eine durch Beibringung des Stoffes vollendete Vergiftung keine Anwendung finden könne, mag auch ein Erfolg noch nicht eingetreten sein; aM.: Hälschner 2 107, v. Wächter S. 346, v. Schwarze N. 4.

2) Als Mittel zur Begehung des Verbr. wird erfordert „Gift oder ein anderer Stoff, welcher die Gesundheit zu zerstören geeignet ist". Gift ist hiernach jedenfalls auch ein solcher Stoff; RG. I 14. Jan. 84 E. 10 178. Die Frage, wann ein Stoff die Gesundheit (§ 223 N. 5) zu zerstören (§ 125 N. 3 c) — nicht blos zu beschädigen (s. jedoch u. N. 6) — geeignet sei, ist nach den Motiven „im einzelnen Falle mit Rücksicht auf die Qualität und Quantität des beigebrachten Stoffes, auf die körperliche Beschaffenheit desjenigen, dem ein Stoff beigebracht worden ist, überhaupt mit Rücksicht auf die besonderen Umstände zu entscheiden"; dem hat das cit. RG. 14. Jan. 84 sich angeschlossen. Ist die Frage hiernach zu bejahen (wegen Versuchs bei mangelnder Quantität vgl. u. N. 8), so kann dennoch eine gesundheitszerstörende Wirkung im konkreten Falle durch mancherlei Umstände, z. B. ein vorher oder nachher genommenes Gegengift, ausgeschlossen sein.

In welcher Weise ein Stoff, welcher die Gesundheit zu zerstören geeignet ist, wirke, ob chemisch oder mechanisch, wie z. B. gestoßenes Glas, ist gleichgültig; unmöglich kann man daraus, daß „Gift" (N. 3) vermöge seiner chemischen Beschaffenheit wirkt, folgern, daß § 229 überhaupt nur solche Stoffe im Auge habe, welche chemisch wirkten; dieses Verfahren würde unlogisch sein, weil von der Eigenschaft einer species auf eine gleiche Eigenschaft des genus geschlossen wird, während nur umgekehrt die species sämmtliche Eigenschaften des genus haben muß; so: Merkel HRl. „Vergiftung", Geyer HH. 3 562 N. 7, Hälschner 2 104, v. Liszt S. 336, H. Meyer S. 551, v. Wächter S. 345, Puchelt N. 1, Rüd.-St. N. 3; aM.: Oppenh. N. 4, v. Schwarze N. 6.

3) Die spezielle, die Beibringung von „Gift" (§ 367³) betreffende Feststellung, zu welcher das Gesetz eventuell auffordert, ist dann zu treffen, wenn diese Bezeichnung eines

Stoffes, der die Gesundheit zu zerstören geeignet ist, der Auffassung des gem. Lebens entspricht; denn nur in Anlehnung an diese hat der Entw. II, abweichend vom Entw. I und gegen das Gutachten der PrWissenschaftl. Deputation, jenen Ausdruck wieder aufgenommen, obgleich die Ausführung der letzteren, daß „unangreifbare Kriterien für die Gesammtheit der Stoffe, denen die Bedeutung Gift ausschließlich zukomme, nicht aufgestellt werden können," als richtig anerkannt wird. Nach dem gem. Sprachgebrauch ist aber Gift „ein Stoff, der in kleiner Dosis durch seine chemische Beschaffenheit die Gesundheit bzw. das Leben zu zerstören geeignet ist"; so: v. Liszt S. 336, H. Meyer S. 550, Schütze S. 403 N. 7, Oppenh. N. 2; zu weit gehend Meves § 367[5] N. 2 (Gift i. S. des § 229 seien alle diej. Stoffe, welche durch ihre Beschaffenheit der menschl. Gesundheit schädlich zu werden und dieselbe zu zerstören geeignet seien). Zum Gift gehören aber auch die materiell übertragbaren Ansteckungsstoffe, die in infizirten Körpern sich wiedererzeugen, — eine Auffassung, die durch den gem. Sprachgebrauch bestätigt wird, der von Pockengift, syphilitischem Gift zc. spricht; so v. Liszt aO.; aM.: Skrzeczka StRZ. 6 258, Merkel HRl. „Vergiftung" (aM. vielleicht Lehrbuch S. 301 „für das Gift sei charakteristisch, daß auch kleine Gaben, in o. an den Körper gebracht, dessen Leben ohne sichtbare mechanische Einwirkungen zu vernichten vermögen"), ferner H. Meyer S. 550 N. 12 (der die Einwirkung auf organischem Wege derjenigen auf chemischem gegenüberstellt).

Da übrigens Gift ein Stoff ist, der seiner Natur nach „die Gesundheit zu zerstören geeignet ist", so bezieht der betreffende Relativsatz im Abs. 1 sich nur auf die „anderen Stoffe" und entspricht daher eine Feststellung der „Beibringung von Gift", ohne jenen Zusatz, dem Gesetze; **RG.** I 30. Juni 81 **R. 3** 449, Merkel S. 301.

4) Eine alternative Feststellung (§ 47 N. 29) bezüglich des Mittels „Gift oder ein anderer Stoff zc." ist zulässig, da die Beibringung von „Gift" lediglich eine Modalität der aus § 229 strafbaren Handlung ist; Oppenh. N. 4, Rüd.-St. N. 3.

5) Die „Beibringung von Gift" zc. ist anzunehmen, sobald der Körper des Anderen das Gift wirklich aufgenommen hat, das Gift also mit dem Körper eine solche Verbindung eingegangen ist, wie sie für die gesundheitszerstörende Wirkung bedingend ist; ohne den Eintritt dieser Verbindung ist sonach das bloße Einflößen von Gift in den Mund kein Beibringen; so: Merkel HRl. „Körperverl.", Geyer HH. **3** 562, Hälschner **2** 105, v. Liszt S. 336, v. Schwarze N. 8, Schmidt GS. **42** 62 (direkte chemisch-dynamische Einwirkung); aM.: H. Meyer S. 551 N. 15 (es genüge das Gelangen des Giftes in den Mund des Anderen), Rüd.-St. N. 5. Das Beibringen muß keineswegs nothwendig durch ein Einflößen, kann vielmehr auch durch Auftragung des Giftes auf offene Stellen, durch subkutane Einspritzungen sowie durch Einathmenlassen narkotischer Mittel geschehen; v. Liszt aO., H. Meyer S. 551, Oppenh. N. 7. Im Uebrigen ist hier, anders als im § 218 (das. N. 8_3), unter „Beibringung" jede Thätigkeit zu verstehen, durch welche herbeigeführt wird, daß der Körper eines Anderen gegen dessen Willen das Gift aufnimmt, sei es, daß solches heimlicher Weise durch List, sei es, daß es durch vis absoluta oder compulsiva bewirkt wird; unter dieser Voraussetzung ist es auch hinreichend, wenn der Andere, als Werkzeug in der Hand des Thäters, das Gift selbst zu sich nimmt; so die GM.; aM. Rubo N. 6, indem er lediglich auf § 218 verweist.

6) Der Dolus erfordert, außer der Wissenschaft, daß der Stoff, welchen der Thäter dem Anderen beibringen will, geeignet sei, die Gesundheit zu „zerstören" (**RG.** I. 14. Jan. 84 **E. 10** 178), die Absicht, die Gesundheit des Anderen zu „beschädigen" (§ 223 N. 5 insbs. Abs. 4); daß diese Absicht (in Abweichung vom PrStGB. § 197) ausdrücklich als Erforderniß der Vergiftung aufgestellt ist, übersieht Rüd.-St. N. 2. Andererseits braucht aber der Vorsatz des Thäters nicht auf eine „Zerstörung" der Gesundheit des Anderen zu gehen (so auch das cit. **RG.** 14. Jan. 84), während freilich eine solche Absicht zugleich diejenige „zu beschädigen" in sich schließt. Hatte der Thäter bei der Giftbeibringung die Absicht, den Anderen zu tödten, so kommen in Idealkonk. (N. 9) die Vorschriften über vorsätzl. Tödtung zur Anwendung.

Die Ansicht, daß das Verbr. aus § 229 eine „vorsätzl. Lebensgefährdung durch Gift sei, qualifizirt durch die Absicht, mittels des Gifts zugleich eine Körperverltzg. zu bewirken"

(Binding Normen 2 519, v. Liszt S. 336), hat im Gesetze selbst keinerlei Anhalt; so: Hälschner 2 104 N. 3, Oppenh. N. 6, v. Schwarze N. 1, 3, Baumgarten Versuch S. 430. Die Eigenthümlichkeit des Deliktes besteht vielmehr lediglich in der o. N. 1 hervorgehobenen Strafbarkeit des Versuchs der Körperverltzg., sobald dieselbe mittels „Giftes" verübt wird. Ein auf Lebensgefährdung gerichteter Vorsatz, den Binding aO. N. 747 verlangt, gehört daher nicht zum Thatbestande; so auch H. Meyer S. 551 (Absicht der Gesundheitsbeschädgg.), obgleich er die „Vergiftung" unter die Rubrik „Gefährdung" stellt.

7) Nach Absatz 2 bilden die Verursachung einer schweren Körperverltzg. oder des Todes des Anderen durch die Beibringung des im Abs. 1 bezeichneten Stoffes (vgl. §§ 224, 226) einen straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295.

Eine einfache Körperverltzg. bildet, obgleich sie zum Thatbestande der Vergiftung nicht gehört (N. 1), dennoch keinen Straferhöhungsgrund, sondern kommt nur für die Strafzumessung in Betracht.

8) Ein Versuch des einfachen Verbr. aus Abs. 1 ist denkbar, wenn auch dessen Thatbestand in Wahrheit eine bloße Versuchshdlg. ist (o. N. 1 u. § 43 N. 28 b); so die GM.; aM. v. Schwarze N. 4. Fraglich ist aber, ob ein Versuch, der zweifellos vorliegt, wenn die begonnene Ausführungshdlg. bis zur Beibringung des Giftes in den Körper des Anderen noch nicht gediehen ist, nicht auch bei nicht hinreichender Quantität des beigebrachten Stoffes angenommen werden könne. Ein durchgreifender Grund, warum bei der Vergiftung andere Gesichtspunkte als die allgemeinen über den Versuch mit relativ und absolut untauglichen Mitteln (§ 43 N. 22 ff.) maßgebend sein sollten, ist nicht erfindlich. Deshalb liegt ein strafb. Versuch der Vergiftung vor, wenn die beigebrachte Quantität Gift zwar zu klein war, um im konkreten Falle eine Gesundheitszerstörung zu bewirken, aber andererseits immer noch so groß war, daß sie auf einen anderen menschlichen Organismus, z. B. denjenigen eines Kindes, jenen Einfluß ausüben konnte, während, wenn auch das nicht einmal der Fall, nur ein Versuch mit absolut untaugl. Mittel in Frage steht. So: Berlin 3. Nov. 75 St. 5 343, Hälschner 2 105, Oppenh. N. 3, v. Schwarze N. 5, Baumgarten Versuch S. 410. AM. einerseits Binding Normen 2 519 f. N. 747, Geyer HH. 3 562, 4 384, Rubo N. 4 u. Rüd.-St. N. 4, welche Versuch nur, wenn die Dosis Gift eine solche, daß sie dem Vergifteten gefährlich werden kann, andererseits H. Meyer S. 552, Schütze S. 403 N. 8, 404 N. 10 u. v. Wächter S. 346, welche ihn bei jeder unzureichenden Quantität annehmen.

Ein Versuch des qualifizirten Verbr. aus Abs. 2 ist nicht denkbar; unstreitig ist dieses, soweit es um die Verursachung des Todes sich handelt, da Tödtungsabsicht nicht vorliegen darf (N. 6). Aber auch ein Versuch der schweren Körperverltzg. mittels Beibringung von Gift ist nur aus §§ 225, 43, nicht aber aus §§ 229_2, 43 strafbar; denn wenn auch die Vergiftung in der Absicht, eine schwere Körperverltzg. zuzufügen, begangen bzw. versucht werden kann, so gehört doch jene Absicht nicht zum gesetzlichen Thatbestande und kann sie deshalb auch nicht für die Annahme eines strafb. Versuches aus Abs. 2 in Betracht kommen (vgl. § 43 N. 5); so: Oppenh. N. 10, Rüd.-St. N. 5 u. im Resultate, wenn auch aus anderen Gründen, Hälschner 2 106; aM.: Geyer HH. 3 563 N. 10, Schütze S. 404 N. 10, auch v. Liszt S. 337, Versuch sei möglich, wenn einer der genannten Erfolge durch die unvollendete o. an sich fehlgeschlagene Hdlg. verursacht werde.

9) Bezüglich des Verhältnisses der Vergiftung zu den vorsätzl. Tödtungsdelikten kommt vor allem in Frage, ob der Dolus beider Verbr. sich ausschließe oder ob der Dolus der vorsätzl. Tödtung denjenigen der Vergiftung in sich schließe. Binding, Normen 2 520 N. 747, nimmt das erstere an, weil der auf Lebensvernichtung gerichtete Dolus denjenigen auf Lebensgefährdung desselben Objekts begrifflich ausschließe; dieses ist zwar richtig (§ 221 N. 13 a), aber der Vordersatz, daß die Vergiftung einen Gefährdungsvorsatz verlange, ist unrichtig (s. o. N. 6). Geht man aber von der Auffassung aus, daß der Vergiftungsvorsatz wesentlich ein auf Körperverltzg. gerichteter Vorsatz sei, so schließt der Tödtungsdolus diesen Vorsatz gleichfalls aus, weil alle Körperverltzgen behufs Tödtung allein unter das Tödtungsverbot fallen; vgl. § 223 N. 15 g. Es ist deshalb Idealkonk. (§ 73) zwischen dem vorsätzl. Tödtungsdelikte und dem Verbr. der Vergiftung ausgeschlossen; so, außer Bin-

bing, Hälschner 2 104 N. 3; aM.: v. Liszt S. 336 f., H. Meyer S. 552, Oppenh. N. 6, Puchelt N. 4, v. Schwarze N. 3, Habermaas Idealkonk. S. 42 f. (wenn auch in Wahrheit nur echte Gesetzeskonk. vorliege). Deshalb bleibt aber auch beim straflosen Rücktritt vom Versuche des Giftmordes keine als Vergiftung strafb. Hdlg. übrig, wenn auch die Beibringung des Giftes stattgefunden hatte; so Binding aO.; aM.: Berlin 22. Juni 75 O. 16 481, Geyer HH. 3 564, 4 384, H. Meyer S. 553, Schütze S. 404 N. 10, Rüd.-St. N. 5, R. Herzog Rücktritt S. 235. Vgl. übrigens wegen Mitthäterschaft, bei welcher Ein Mitthäter wegen vorsätzl. Tödtung, ein anderer wegen Vergiftung strafbar ist, § 47 N. 14a.

Idealkonk. der Vergiftung mit den verschiedenen Arten der aus den §§ 223 ff. strafb. Körperverltzgen ist nicht unbeschränkt zulässig, vielmehr schließt der Thatbestand des § 229_2, als engerer, denjenigen der §§ 224 u. 226 aus; so auch H. Meyer S. 552 f., während v. Wächter S. 346 f. u. v. Schwarze N. 9 annehmen, daß die durch die Giftbeibringung verursachten Körperverltzgen lediglich auf Grund des § 229 selbst zu bestrafen seien.

Wegen des Verhältnisses zum § 340 vgl. daselbst.

10) Die Hauptstrafe des vollendeten einf. Verbr. aus Abs. 1 ist Zuchthaus von 1—10 J., diejenige des qualif. Verbr. aus Abs. 2 Zuchthaus, und zwar wahlweise zeitiges von 10—15 J. oder lebenslängliches (§ 14). Als Nebenstrafe kann nach § 32 VbbEN. erkannt werden.

Der Versuch des einf. Verbr. (N. 8_1) wird nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 bestraft.

Wegen Buße vgl. § 231.

11) Nach § 67_1 verjährt die Strafverfolgung des Verbr. aus Abs. 1 in zehn, desjenigen aus Abs. 2 in zwanzig Jahren; wegen des Beginns der Verjährung im Falle des Abs. 2 vgl. § 67 N. 9.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73^{2-7}, 136^1.

§. 230.

Wer durch Fahrlässigkeit die Körperverletzung eines Anderen verursacht, wird mit Geldstrafe bis zu neunhundert Mark oder mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft.

War der Thäter zu der Aufmerksamkeit, welche er aus den Augen setzte, vermöge seines Amtes, Berufes oder Gewerbes besonders verpflichtet, so kann die Strafe auf drei Jahre Gefängniß erhöht werden.

PrStGB. § 198 Abs. 1. Entw. I § 203 Abs. 1, 2, II § 228 Abs. 1, 2. StB. S. 669.

Vgl. § 232 Abs. 1.

1) Der Thatbestand der einfachen (Abs. 1) fahrlässigen Körperverltzg. besteht in der „Verursachung der Körperverltzg. eines Anderen durch Fahrlässigkeit."

„Körperverletzung" bezeichnet sonach im § 230 den durch die Fahrlässigkeit des Thäters verursachten Effekt (§ 223 N. 7). Im Uebrigen aber verweisen die Worte „die Körperverltzg." zweifellos auf den § 223, derartig daß darunter Alles zu verstehen ist, was objektiv als „Mißhandlung oder Beschädigung an der Gesundheit" (§ 223 N. 2—4, 5) sich darstellt; so btr. der Gesundheitsbeschädigung die GM., insbs.: RG. II 27. Mai 87 E. 16 129, Berlin 17. Apr. 79 O. 20 215, btr. der Mißhandlung: RG. II 1. Juli 84 R. 6 489, v. Liszt S. 331, Rubo N. 2; aM.: Herbst G. 26 31, Geyer HH. 3 534, Berner S. 516, Hälschner 2 111, Oppenh. § 223 N. 23, v. Schwarze N. 7, die Mißhdlg. sei nur vorsätzlich möglich; ist dies auch an sich richtig (vgl. § 360^{13}), so wird dabei jedoch verkannt, daß es hier nur auf den objektiven Begriff ankommt. In anderer Weise verkennt Reber, Antragsdel. S. 18, den Begriff der Körperverltzg. im § 230, indem er „darunter auch die Merkmale der §§ 224 bis 229 nur mit dem Wegfall des Vorsatzes begriffen" erachtet, so daß im Falle der §§ 226, 229_2 i. V. mit § 230 ein ideales Zusammentreffen mit § 222 gegeben sei.

Ob die verursachte Körperverltzg. ihrem Resultate nach eine „schwere" i. S. des § 224 oder im Gegensatze dazu eine „leichte" ist, wird im § 230 nicht unterschieden und beeinflußt deshalb den gesetzlichen Thatbestand der fahrl. Körperverltzg. nicht; dennoch aber kennt das

StGB. den Begriff einer „leichten" und somit auch einer „schweren" fahrl. Körperverltzg. (vgl. Abschn. 17 N. 2 sowie § 233 N. 1 b), weshalb er auch für die Vorschrift der StPO. § 255, btr. die Verlesung ärztlicher Atteste „über Körperverletzungen, welche nicht zu den schweren gehören", Beachtung finden muß; so auch Oppenh. N. 2 gegen die GM.

2) Wegen der „Verursachung durch Fahrlässigkeit" sind die N. 1—6, 10 zum § 222 zu vergleichen, dessen — einfacher (Abs. 1) — Thatbestand von demjenigen des § 230, sachlich nur dadurch sich unterscheidet, daß dort die Verursachung „des Todes", hier „einer Körperverletzung" (und zwar einer solchen, welche auch nicht in der Folge den Tod nach sich zieht; vgl. § 222 N. 2 u. Abschn. 17 N. 2) vorausgesetzt wird. Die sprachliche Abweichung, daß § 222 vom Tode „eines Menschen", § 230 von der Körperverltzg. „eines Anderen" spricht, ist daraus zu erklären, daß der Gesetzgeber jeden Zweifel über die Straflosigkeit der fahrlässigen eigenen Körperverltzg. ausschließen wollte; v. Schwarze N. 2.

3) Als häufiger ventilirte Fälle der fahrl. Körperverltzg. sind hervorzuheben:

a) Fahrlässige aus § 230, und nicht etwa blos disziplinarisch, strafb. Körperverltzg. bei Ausübung eines Züchtigungsrechtes durch unbeabsichtigte Ueberschreitung desselben (§ 223 N. 10); daß eine solche stattfinden könne, erkennen an: RG. I 24. Nov. 81, II 18. Dez. 83, E. 5 193, 9 302, Geyer HH. 4 365, Hälschner 2 90, Merkel HRl. „Körperverl.", Schütze S. 399 N. 18, F. Meyer Abschn. 17 N. 4, Oppenh. § 223 N. 6, v. Schwarze S. 626. Aber nicht jede unbeabsichtigte Ueberschreitung im objekt. S., namentl. auch nicht jede Verursachung einer „schweren" Körperverltzg., ist fahrlässig; zufällige Umstände, z. B. eine dem Lehrer unbekannte krankhafte Disposition des Schülers, eine unerwartete Wendung desselben können bei einer berechtigten Ausübung des Züchtigungsrechtes einen Erfolg herbeiführen, der dem Züchtigenden nicht zuzurechnen ist, während er bei einer unberechtigten Mißhdlg. auch solche Folgen nach Maßgabe des § 224 würde zu vertreten haben; v. Schwarze GS. 29 607.

b) Fahrlässige Körperverltzg. bei aberratio ictus, falls die nichtbeabsichtigte Verletzung des A. statt des B. dem Thäter nach der konkreten Sachlage als Fahrlässigkeit zuzurechnen ist; vgl. die in N. 12a zum § 223 citt. RG.

4) Wegen des Thatbestandes der qualifizirten fahrl. Körperverltzg. aus Abs. 2 vgl. die N. 7—9 zum § 222; es unterscheidet sich der § 230, vom § 222, lediglich durch eine erst im Entw. II vorgenommene, nicht näher motivirte Fassungsänderung.

5) Idealkonk. (§ 73) einer fahrl. Körperverltzg. und einer Beleidigung mittels einer Thätlichkeit (§ 185 S. 2) ist denkbar, falls dem Thäter einerseits das Bewußtsein fehlte, daß seine Hdlg. objektiv eine Körperverltzg. enthalte (§ 223 N. 15 e), andererseits aber ihm das als Körperverltzg. sich darstellende Resultat seiner Hdlg. als Fahrlässigkeit zuzurechnen war; v. Schwarze S. 628. Vgl. auch die §§ 316, 319 bzw. 326, 327, 366[2. 4. 8].

Wegen des Ausschlusses einer Idealkonk. mit vorsätzl. Körperverltzg. vgl. § 73 N. 17.

6) Die Strafe ist stets wahlweise Geldstrafe von 3—900 M. (§ 27) oder Gefängniß von 1 T. an (§ 16), und zwar beim einf. Verg. — 2 J., beim qualif. Verg. — 3 J. Die Geldstr. kann, als in beiden Fällen „an erster Stelle" angedroht, gemäß § 28, (das. N. 6b) für den Nichtbeitreiblichkeitsfall auch in Haft umgewandelt werden.

Wegen Buße, Strafantrag u. Aufrechnung vgl. §§ 231—233.

7) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67, sowohl beim einf. wie beim qualif. Verg. in drei Jahren; wegen des Beginns der Verjährung vgl. das. N. 9.

Wegen Zuständigkeit vgl. § 232.

§. 231.

In allen Fällen der Körperverletzung kann auf Verlangen des Verletzten neben der Strafe auf eine an denselben zu erlegende Buße bis zum Betrage von sechstausend Mark erkannt werden.

Eine erkannte Buße schließt die Geltendmachung eines weiteren Entschädigungsanspruches aus.

Für diese Buße haften die zu derselben Verurtheilten als Gesammtschuldner.

PrStGB. (fehlt). Entw. I (fehlt), II § 225. StB. S. 668 f.

1) Ueber die „Buße" sind die allgemeinen Bemerkungen zum § 188 N. 1—12, insbs. das das. N. 2 cit. **RG.** I 7. März 87, zu vergleichen.

Auch die Bedeutung des Abs. 3 des § 231, welcher im § 188 sich nicht wiederfindet, ist bereits das. N. 9 erörtert. Hier ist noch hinzuzufügen, daß es eines richterlichen Ausspruches im Urtheile über die „Haftung als Gesammtschuldner" nicht bedarf, da eine kraft Gesetzes eintretende Folge in Frage steht; Oppenh. N. 7, Puchelt N. 1, v. Schwarze N. 7. Uebrigens findet die Gesammthaftung nur da statt, wo es um eine — durch ein oder durch verschiedene Urtheile erfolgende — Verurtheilung Mehrerer, sei es als Mitthäter oder auch als Anstifter oder Gehülfen (**RG.** III 1. Juli 82 E. 7 12), wegen derselben Strafthat sich handelt, so daß Abs. 3 auf die Fälle fahrl. Körperverltzg. keine Anwendung findet, weil hier eine Theilnahme Mehrerer nicht denkbar ist (vgl. § 230 N. 2 i. V. mit § 222 N. 10); so: Puchelt, v. Schwarze aO.; aM.: **RG.** I 29. Nov. 83 E. **9** 223 (erforderlich sei nur, daß es um die nämliche für eine und dieselbe Körperverletzung ausgesprochene Buße sich handele, während die Anwendung des Gesetzes an weitere Vorbedingungen, insbs. auch an Theilnahme an derselben That, nicht geknüpft sei), Hälschner 2 113, Oppenh. N. 6, Rüd.-St. N. 4.

2) Abweichend von der Beleidigung (§ 188 N. 15) ist die Zuerkennung der Buße in den Fällen der Körperverletzung von dem Nachweise des Eintritts nachtheiliger Folgen nicht bedingt (Berlin 27. Nov. 78 O. **19** 546), weil nach der Ausführung des Abg. Lasker angenommen wurde, daß „schon in der Verletzung der Nachtheil nachgewiesen sei." Erscheint dieses auch Angesichts des weiten Begriffs der Körperverltzg. (vgl. § 223 N. 3, 4) nicht richtig (so Hälschner 1 603 N. 3; aM. freilich v. Schwarze S. 647 A. 2, bei der Mißhdlg. liege in ihr selbst der Nachtheil), so steht es doch im Belieben des Richters, von Zuerkennung einer Buße abzusehen, sobald er einen Nachtheil nicht für eingetreten erachtet. Uebrigens steht der Verurtheilung der Theilnehmer an einer Körperverltzg. zur Buße der Umstand nicht entgegen, daß die Urheberschaft der schwersten der einzelnen Verletzungen, welche für Abmessung der Buße besonders ins Gewicht fällt, nicht festgestellt ist; **RG.** III 1. Juli 82 E. 7 12.

Auch in denjenigen Fällen, wo die Körperverltzg. einen dauernden Nachtheil für den Verletzten zur Folge hat, darf die Buße nicht in Form einer jährlichen, für die Lebensdauer des Verletzten zu zahlenden Geldrente erkannt werden; vgl. § 188 N. 8.

3) „In allen Fällen der Körperverltzg." ist eine Buße zulässig, während auf dieselbe nur wegen bestimmter Beleidggen (§ 188 N. 13) erkannt werden darf. Aus dem N. 2 Bemerkten folgt jedoch, daß eine wirklich eingetretene und nicht blos eine versuchte Körperverltzg. vorliegen muß, so daß beim Versuche einer schweren Körperverltzg. (§§ 225, 43) nur dann auf Buße erkannt werden kann, wenn die Versuchshdlg. eine objektiv leichte Körperverltzg. mit sich führte; so: v. Wächter Buße S. 48, Herzog GS. **27** 198, Hälschner 2 112, Rüd.-St. N. 1, v. Schwarze N. 4, Reinhardt Geldstr. S. 39; aM.: Dochow HRl. „Buße" u. Buße S. 38, Oppenh. N. 2, Stenglein GS. **24** 345, welche selbst ohne Eintritt einer Körperverltzg. die Zuerkennung einer Buße im Falle der §§ 225, 43 für zulässig erachten.

Wegen der Zulässigkeit der Verurtheilung des Anstifters und Gehülfen (§§ 48, 49) zur Buße vgl. § 188 N. 14; zweifelhaft ist v. Schwarze N. 4 A. 7.

4) Was die aus Abschn. 17 strafb. Körperverltzgen, wozu auch der Fall des § 207 gehört, anbetrifft, so scheiden zunächst die Fälle einer Körperverltzg. mit tödtl. Erfolge aus (§§ 226, 227_1), weil der eine Buße verlangende Verletzte die Rechtskraft des Urtheils erlebt haben muß (§ 188 N. 3_2); **RG.** II 22. Mai 85 E. **12** 223 (btr. § 226), Rubo § 226 N. 5, Reinhardt Geldstr. S. 35.

Zweifelhaft ist der Fall des § 227_1; die OG., insbs. Berlin 28. Sept. 76 St. **6** 289, erachtet die Auferlegung einer Buße an die beim Raufhandel Betheiligten, auch wenn ihnen selbst eine Körperverltzg. nicht nachgewiesen ist, für statthaft, und wohl mit Recht, da ein „Fall der Körperverletzung" auch hier vorliegt; aM.: Hälschner 2 112, v. Liszt S. 320, H.

Meyer S. 568, v. Wächter Buße S. 50, weil der am Raufhandel Betheiligte nicht wegen Körperverltzg. bestraft werde.

Auch der Fall des § 229₁ ist streitig; richtiger Weise erachten nur im Falle eingetretener Körperverltzg. die Buße für statthaft: v. Wächter aO. S. 49, Geyer 2 22, Hälschner 2 112, Merkel S. 302, Schütze S. 404, Rubo N. 11, v. Schwarze N. 1, während dieselbe unbedingt für zulässig erklären: Stenglein GS. 24 343, v. Liszt S. 332 N. 3, 337 sowie auch Herzog GS. 27 201, Oppenh. N. 1, Rüd.-St. N. 4 u. Reinhardt aO. S. 34, obgleich die letzteren im allgemeinen an dem Erforderniſſe des wirklichen Eintritts einer Körperverltzg. festhalten (s. o. N. 3).

Unstreitig kann in allen übrigen Fällen des Abschn. 17 auf Buße erkannt werden. Dies gilt insbs. auch von der fahrl. Körperverltzg.; RG. I 29. Nov. 83 E. 9 223.

5) Was die Frage anbetrifft, ob die Buße auch in Fällen der Körperverltzg. außerhalb des Abschn. 17 (btr. § 207 s. jedoch o. N. 4₁) statthaft sei, so ist wegen des § 340 das. N. 7a zu vergleichen. Im übrigen ist die Frage, die v. Wächter Buße S. 50 ff. u. Reinhardt Geldstr. S. 37 nur bezüglich des § 205 verneinen, sonst aber bejahen, mit der GM. durchweg zu verneinen, und zwar sowohl für die Fälle, in denen die Körperverltzg. einen Straferhöhungsgrund bildet (z. B. § 118), als auch da, wo sie in einem anderen Delikte aufgeht (z. B. — außer dem § 205 — §§ 249, 251, 255); denn alsdann liegen „Fälle der Körperverletzung" i. S. des auf § 223 beruhenden § 231 nicht vor; dazu kommt, daß der Ausdruck „bei allen Körperverletzungen" nur die Gleichstellung der fahrl. u. vorsätzl. Körperverltzgen bewirken sollte (Abg. Lasker StB. S. 668), während der Entw. nur die „vorsätzlichen" Körperverltzgen berücksichtigte.

6) Ob eine Buße erkannt werden dürfe, ist lediglich aus § 231 zu entscheiden; Landesgesetze kommen demgegenüber nicht in Betracht (EG. § 2) und ist es deshalb insbs. gleichgültig, wenn nach solchen der Civilentschädigungsanspruch, etwa weil der Damnifikat selbst dolos handelte, unzulässig oder beschränkt ist; RG. I 10. Nov. 79 R. 1 57.

§. 232.

Die Verfolgung leichter vorsätzlicher, sowie aller durch Fahrlässigkeit verursachter Körperverletzungen (§§. 223, 230) tritt nur auf Antrag ein, insofern nicht die Körperverletzung mit Uebertretung einer Amts-, Berufs- oder Gewerbspflicht begangen worden ist.

Ist das Vergehen gegen einen Angehörigen verübt, so ist die Zurücknahme des Antrages zulässig.

Die in den §§. 195, 196 und 198 enthaltenen Vorschriften finden auch hier Anwendung.

PrStGB. §§ 189, 198 Abs. 2. Entw. I § 203 Abs. 3, II §§ 226, 228 Abs. 3. StB. S. 669 f. Entw. d. StGN. Art. I § 232. Aktenst. 1875/76 Nr. 54, 145, 155 (II, III), 226 (B). StB. 1875/76 S. 807—814, 1348 f.

1) „Nur auf Antrag" verfolgbar (§§ 61 ff.) sind — abgesehen von dem Falle des MStGB. § 127 — „die leichten vorsätzlichen und alle durch Fahrlässigkeit verursachten Körperverletzungen", folglich, wie auch das trotz der Abänderung des § 232 durch die StGN. beibehaltene Allegat der §§ 223, 230 außer Zweifel stellt, namentl. nicht die gefährlichen Körperverltzgen aus § 223a; so die GM., insbs.: Wolfenbüttel 30. Juni 76, Mannheim 17. Feb. 77, Berlin 29. Mai 77, St. 6 284, 7 103, 301, Fuchs GS. 28 592.

2) Die leichten vorsätzlichen sowie die fahrlässigen Körperverltzgen sind nicht unbedingt Antragsdelikte, sondern nur „insofern nicht die Körperverletzung mit Uebertretung einer Amts-, Berufs- oder Gewerbspflicht begangen worden ist", d. h. also, was die vorsätzlichen leichten Körperverltzgen betrifft, namentl. nicht die unter § 340, und was die fahrlässigen betrifft, nicht die unter Abs. 2 des § 230 fallenden; RG. II 25. Okt. 81 E. 5 74, Berlin 8. Dez. 73 O. 14 518.

Wegen „Amts-, Berufs- o. Gewerbspflicht vgl. § 222 N. 7.

Die „Uebertretung" (im nichttechn. S. gebraucht; vgl. § 1 N. 9_4) einer solchen Pflicht fällt bei fahrlässigen Körperverltzgen zusammen mit der „Außerachtlassung derjenigen Aufmerksamkeit, zu welcher der Thäter vermöge seines Amtes ꝛc. besonders verpflichtet war"; vgl. deshalb § 230 N. 4 i. V. mit § 222 N. 8, 9.

Was speziell die „Uebertretung von Amtspflicht" betrifft, so ist darüber, ob dieselbe stets auch die Anwendung des § 340 begründe, daselbst zu vergleichen. Angenommen wurde eine fahrl. Körperverltzg. mit Begehung einer solchen Uebertretung in einem Falle, wo der Polizeibeamte diejenige Hdlg. (Schießen an einem von Menschen besuchten Orte), die er pflichtmäßig hindern sollte, selbst vornahm; Berlin 1. Mai 72 O. **13** 288.

Darüber, daß Uebertretung einer Gewerbspflicht auch angenommen werden kann, wenn zum Betriebe des Gewerbes eine staatliche Genehmigung nicht erforderlich, vgl. das § 222 N. 7c cit. Berlin 5. Okt. 71 O. **12** 498.

Wegen der Frage, ob eine Körperverltzg. in Uebertretung einer Gewerbspflicht begangen sei, vgl. ferner das § 222 N. 9 aE. cit. **RG**. 25. Okt. 88.

3) Antragsberechtigter (§ 61 N. 10ff.) ist, abgesehen von den durch Abs. 3 i. V. mit §§ 195, 196 bezeichneten Personen, der körperlich Verletzte selbst; Binding **1** 619.

4) Die Einfügung des Abs. 2 durch die StGN. war eine Folge der Abänderung des § 64. Die Zurücknahme des Antrages ist aber nicht unbedingt, sondern nur bedingt (§ 64 N. 1b), nämlich insofern gestattet, als „das Vergehen gegen einen Angehörigen (§ 52_2) verübt ist" (d. h. begangen; vgl. einerseits §§ 43, 303_4, andererseits § 247_2); auf das Prinzip der Untheilbarkeit des Antrages hat diese Unterscheidung keinen Einfluß; vgl. § 63 N. 3_2. Die Zurücknahme selbst erfolgt nach Maßgabe des § 64_1, während der Grundsatz des § 64_2 für den Fall des § 232_2 eine Ausnahme erleidet; § 64 N. 18.

Wenn durch eine und dieselbe Hdlg. mehrere Personen verletzt sind (§ 73 N. 2, 16, 19), von diesen mehreren Verletzten und folgeweise Antragsberechtigten jedoch nur einzelne zum Thäter im Verhältnisse als „Angehörige" stehen, so sind nur diese, nicht aber die übrigen, zur Zurücknahme berechtigt, so daß das Verfahren seinen Fortgang nehmen muß, wenn ein verletzter Nicht-Angehöriger seinerseits einen Strafantrag gestellt hat, mag auch ein verletzter Angehöriger seinen Antrag zurücknehmen.

5) Wegen des Absatzes 3 vgl. die Noten zu den das. allegirten §§., namentl. § 198 N. 7. Auch eine leichte vorsätzliche und eine fahrlässige Körperverltzg. können „wechselseitige" (§ 198 N. 1) sein; so: Reber Antragsdel. S. 251, Schütze S. 400 N. 21; aM.: Oppenh. N. 5, Puchelt N. 4, Stenglein GS. **35** 313 N.* (der freilich wesentlich den Fall gegenseitiger fahrl. Körperverltzgen ausschließt). Thatsächlich werden übrigens „wechselseitige" Körperverltzgen stets „auf der Stelle erwiderte" sein; so: Geyer HH. **3** 555, Schütze S. 400 N. 21; aM. Puchelt N. 4.

6) Die Verfolgung von Körperverltzgen findet nach den Vorschriften der StPO. statt; EGzStPO. § 11. Nach diesen darf wegen einer Körperverltzg., soweit die Verfolgung nur auf Antrag eintritt, die öffentliche Klage der StAschaft nur dann erhoben werden, wenn solches im öffentlichen Interesse liegt, während anderenfalls von dem Verletzten die Privatklage erhoben werden muß; StPO. §§ 414, 416. Vgl. o. § 61 N. 65.

Wegen Strafverfolgung der vor dem Inkrafttreten der StGN. begangenen Verg. der Körperverltzg., welche früher unter § 223 fielen, jetzt aber unter § 223a fallen, vgl. StGN. Art. III N. 1—4.

7) Zuständig ist wegen der Verg. aus den §§ 223, 230:

a. soweit die Verfolgung nur auf Antrag eintritt,
   α. falls Privatklage erhoben ist: **SchöffenG**.; GVG. § 27[3];
   β. falls öffentliche Klage erhoben ist: **Strafk**. bzw. **SchöffenG**.; GVG. §§ 73[1], 75[4];
b. soweit die Verfolgung von Amtswegen eintritt: **Strafk**. GVG. §§ 73[1], 27.

§. 233.

Wenn leichte Körperverletzungen mit solchen, Beleidigungen mit leichten Körperverletzungen oder letztere mit ersteren auf der Stelle erwidert werden, so kann der Richter für beide Angeschuldigte, oder für einen derselben eine der Art oder dem Maße nach mildere oder überhaupt keine Strafe eintreten lassen.

PrStGB. § 198. Entw. I (fehlt), II § 227. StB. S. 669, 1173.

1a) Der § 233 überträgt das Prinzip des § 199, welcher deshalb zu vergleichen, auf die Fälle der Erwiderung von „leichten Körperverletzungen mit solchen, von Beleidigungen mit leichten Körperverletzungen oder von letzteren mit ersteren." Wenn übrigens § 233 der prozessualischen Bezeichnung „beide Angeschuldigte" sich bedient, während § 199 materiell von „beiden Beleidigern" spricht, so erklärt diese Verschiedenheit sich wohl hinreichend aus sprachlichen Gründen, indem es an einer kürzeren materiellen Bezeichnung für die eine Körperverltzg. Verübenden fehlt. Keinesfalls aber wird man annehmen dürfen, daß § 233 nur dann Anwendung finden solle, wenn in der That beide Theile unter Anklage gestellt sind; ist nur Ein Angeschuldigter (Angeklagter i. S. der StPO. § 155) vorhanden, so kann der Richter ihm Strafmilderung bzw. Straffreiheit gleichfalls zu Theil werden lassen. Ebensowenig ist erforderlich, daß wenigstens beiderseitig Strafanträge gestellt seien.

b) Fraglich ist die Bedeutung des Ausdrucks „leichte Körperverltzgen" im § 233. Da § 232 den Ausdruck „leichte vorsätzliche" Körperverltzgen durch das Allegat des § 223 erläutert (vgl. §§ 223 N. 16, 232 N. 1), so können allerdings die gefährlichen vorsätzl. Körperverltzgen aus § 223a unmöglich durch die Bezeichnung „leichte" Körperverltzgen mit umfaßt werden; so die GM., insbs.: **RG.** II 28. Okt. 79 R. **1** 23, IV 12. Okt. 86 E. **14** 360, Berlin 30. Mai, 11. Okt., 2. Nov. 77, 27. Nov. 78, St. 7 117, O. **18** 639, 687, **19** 546; aM. Rubo N. 1, der Kompensationsfähigkeit bei allen vorsätzl. Körperverltzgen annimmt, deren Erfolg kein schwerer sei. Unzweifelhaft kompensationsfähig sind dagegen die vorsätzl. Körperverltzgen aus § 223_2; Oppenh. N. 2 u. § 232 N. 1, Puchelt N. 1. Wegen Kompensationsfähigkeit der von Beamten bzw. Gensdarmen u. Personen des Soldatenstandes im Dienst verübten Körperverltzgen vgl. § 340. Wie die GM. auf Grund der Entstehungsgeschichte mit Recht annimmt, umfaßt aber der Ausdruck „leichte Körperverltzgen" im Gegensatz zu den „leichten vorsätzl. Körperverltzgen" (§ 232_1) nicht blos diese, sondern auch diejenigen fahrlässigen Körperverltzgen, deren Erfolg kein schwerer i. S. des § 224 ist; für die von der RTkommission vorgeschlagene, vom RT. angenommene Abänderung des Entw. war nach der Erklärung des Referenten Abg. Evelt „der Wunsch maßgebend, daß auch in Bezug auf die fahrl. Körperverltzg. das System der Kompensation Platz greifen könne"; aM. Rubo N. 1, welcher zu den „leichten Körperverletzungen" alle fahrlässigen Körperverltzgen rechnet.

2) Die Befugnisse des Richters sind im § 233 gegenüber dem § 199 (das. N. 10) insofern erweitert, als er nicht nur „überhaupt keine Strafe eintreten" d. h. den Angeklagten für „straffrei" erklären darf, sondern ihm auch zusteht „eine der Art oder dem Maße nach mildere Strafe" zu erkennen. So enthält § 233 in Wahrheit einen, in das Ermessen des erkennenden Richters gestellten, Straf-Ausschließungs- bzw. Milderungsgrund; vgl. Berlin 20. Mai 71 O. **12** 280.

3) Bezüglich der Strafmilderung (vgl. § 207 N. 3) speziell ist hervorzuheben, daß dieselbe „der Art oder dem Maße nach" eintreten darf. Rubo N. 5 folgert aus der Partikel „oder", daß die Milderung niemals „der Art und dem Maße nach" eintreten dürfe, daß somit statt der im Gesetze angedrohten Strafart auf eine mildere Strafart „in Höhe desjenigen Maßes zu erkennen sei, welches bei der ersteren Strafart zu erkennen gewesen wäre". Diese sonst von keiner Seite getheilte Auffassung erscheint jedoch nicht richtig; denn da das Gesetz den völligen Erlaß der Strafe gestattet, so wird die Ausdrucksweise des Ge-

setzes nicht für völlig korrekt zu erachten und auch eine Milderung „der Art und dem Maße nach“ statthaft sein.

Da es bei Gestaltung der Strafmilderung um eine Ausnahmebestimmung sich handelt, so ist dieselbe strikt auszulegen und anzunehmen, daß die Strafmilderung gegen die allg. Grundsätze über die Strafen nicht verstoßen dürfe. In Anbetracht der Abstufung der Strafarten ihrer Schwere nach (vgl. Th. I Abschn. 1 N. 6, § 73 N. 26) erscheint es darnach zwar zulässig, statt Gefängniß auf Haft (so die GM., insbs. München 9. Sept 74 St. 4 152) oder gegen eine jugendliche Person auf Verweis (§ 57[4]) zu erkennen, nicht aber eine Person über achtzehn Jahren mit einem solchen zu bestrafen; Oppenh. N. 6, v. Schwarze N. 5. Namentl. sind auch die gesetzlichen Höchst- u. Mindestbeträge der Strafen einzuhalten (Hälschner 2 115); auf Haft über sechs Wochen darf deshalb wegen einer einzelnen Strafthat nicht erkannt werden (§ 18; so Rubo N. 5), ebensowenig auf eine Geldstrafe unter drei Mark (§ 27). Dagegen wird es andererseits statthaft sein, unter Wegfall der Hauptstrafe lediglich eine Nebenstrafe, z. B. die Einziehung eines gebrauchten (übrigens nicht gefährlichen) Werkzeuges (§ 40 N. 2), auszusprechen; denn das StGB. hat einen Grundsatz dahin, daß die sog. Nebenstrafen niemals selbständig erkannt werden dürften, nicht aufgestellt; Rüd.-St. N. 9.

Achtzehnter Abschnitt.

Verbrechen und Vergehen wider die persönliche Freiheit.

1) „Persönliche Freiheit“ i. S. der Ueberschrift dieses Abschn. ist nicht, wie Bruck Verbr. gg. d. Willensfrht. S. 4 ff. annimmt, identisch mit „Willensfreiheit“, da die einzelnen Delikte des Abschn. eben so gut an einer willensunfähigen wie an einer willensfähigen Person begangen werden können, der hierfür aber von Bruck angeführte Grund, daß in jenem Falle Objekt der Verletzung nicht die Willensfreiheit, sondern die „Menschenwürde“ sei, eine willkürliche Annahme ist, welche gerade durch die Einführung dieses Dualismus in den Begriff der betreffenden Delikte die Unhaltbarkeit seiner Aufstellung beweist; Binding Normen 2 N. 752, Geyer HH. 3 568, 4 390, Hälschner 2 118, H. Meyer S. 569, Oppenh. N. 1, v. Schwarze S. 651, Rüd.-St. N. 1, v. Buri, Knitschky GS. 24 105, 44 262 ff.

Die positive Bestimmung dessen, was unter „persönlicher Freiheit“ i. S. der Ueberschrift des Abschn. zu verstehen sei, läßt sich nicht im allg. geben, sondern nur aus der Erläuterung der einzelnen Delikte selbst gewinnen; vgl. Knitschky aO. insbs. S. 268, 272; aM. Merkel S. 310, indem er allgemein die persönl. Freiheit als die freie Bethätigung des individuellen Willens bezeichnet (§ 240 N. 3). Es ist jedoch bereits hier hervorzuheben, daß eine Verletzung der persönl. Freiheit, gerade ebenso wie sie die Nöthigung aus § 240 voraussetzt, bei manchen anderen Verbr. stattfindet, so namentl. bei den mit Gewalt gegen die Person verübten Sittlichkeitsverbr. im Abschn. 13 sowie bei dem Raube u. der Erpressung im Abschn. 20. Hieraus ergiebt sich, daß unter dem Sammelnamen der V. u. V. wider die persönl. Freiheit im Abschn. 18 nur solche Verletzungen dieser Freiheit begriffen sind, welche nicht in anderen Abschn. des StGB. Aufnahme gefunden haben; vgl. Hälschner 2 117, v. Schwarze S. 651 u. Merkel aO.

2) Aus der Bemerkung am Schlusse der vorigen N. folgt, daß im Abschn. 18 keineswegs die Materie der strafb. Hdlgen wider die persönliche Freiheit i. S. des EG. § 2 geregelt ist. Erst aus der Zerlegung des Inhalts des Abschn. läßt sich erkennen, welche einzelnen Materien in demselben ihre Regelung gefunden haben; nach der in den Motiven gegebenen Dispositionen behandeln:

§§ 234, 235 den Menschenraub, §§ 236—238 die Entführung, § 239 die Beraubung der persönlichen Freiheit, § 240 die Nöthigung, § 241 die Bedrohung.

Hiernach ist die Materie des Sklavenhandels, obgleich mit derjenigen des Menschenraubes in der Weise sich berührend, daß der Sklavenhandel namentl. in der Form des Menschenraubes verübt werden kann (§ 234 N. 8b), dennoch im Abschn. 18 nicht geregelt (vgl. EG. §§ 2 N. 16a, 5 N. 2$_2$); so v. Liszt S. 369 u. H. Meyer S. 583, auch Binding 1

321 N. 13, trotzdem er annimmt, Abschn. 18 habe die Materie regeln wollen, ebenso Fuld GS. 42 38 u. die Begründung z. Entw. eines G. btr. die Bestrafung des Sklavenhandels (Drucks. des RT. Nr. 501 d. 8. Leg.-Per. I S. 1890/91).

§. 234.

Wer sich eines Menschen durch List, Drohung oder Gewalt bemächtigt, um ihn in hülfloser Lage auszusetzen oder in Sklaverei, Leibeigenschaft oder in auswärtige Kriegs- oder Schiffsdienste zu bringen, wird wegen Menschenraubes mit Zuchthaus bestraft.

PrStGB. § 204. Entw. I § 205, II § 229.

1) Der sog. Menschenraub (wegen der Anzeigepflicht vgl. § 139 N. 1f) ist nach dem StGB. die durch List, Drohung oder Gewalt bewirkte Bemächtigung eines Menschen zu dem im § 234 bezeichneten Zwecke. Hieraus folgt zunächst, daß die Aussetzung des Menschen bzw. die Versetzung desselben in Sklaverei zur Vollendung des Verbr. nicht gehört, daß diese vielmehr bereits in der „Bemächtigung" selbst (N. 3) liegt; Bruck V. gg. d. Willensfrht. S. 71, v. Buri GS. 27 522, Geyer HH. 3 603, v. Liszt S. 374, H. Meyer S. 584, Schütze S. 413, Blum N. 5, Rüd.-St. N. 5. Es ist sonach eine Versuchshandlung unter eine selbständige Strafandrohung gestellt (§ 43 N. 3b); so: v. Buri aO., Binding Normen 2 535, Geyer HH. 4 400; aM.: Hälschner 2 141 N. 3, v. Liszt S. 373 f., Villnow G. 24 108, Knitschky GS. 44 267, mit der Bemächtigung erscheine die Freiheitsberaubung qualitativ vollendet. Aus dem Begriffe des Menschenraubes i. e. S. folgt aber ferner, daß die vollendete Aussetzung eines Menschen in hülflose Lage und die vollendete Versetzung eines solchen in Sklaverei dennoch nicht aus § 234 zu bestrafen sind, wenn der Thäter sich dazu nicht des Verletzten „durch List, Drohung oder Gewalt" zu bemächtigen brauchte; v. Buri aO., Binding aO. N. 771, Hälschner 2 140.

2) Objekt des Verbr. ist „ein Mensch" d. h. jeder Mensch ohne Rücksicht auf Willensfähigkeit (vgl. Abschn. 18 N. 1); H. Meyer S. 584, v. Buri GS. 27 522.

Auch eine Person „jugendlichen Alters" kann Objekt des Menschenraubes sein; § 221 enthält keineswegs eine speziellere Bestimmung als § 234, sondern vielmehr eine insofern verschiedenartige, als sie wirkliche Aussetzung der Person verlangt (s. o. N. 1); so: Villnow G. 24 116, Knitschky GS. 44 267; aM.: Bruck V. gg. d. Willensfrht. S. 72 N. 66, anscheinend auch Geyer HH. 3 601.

3) „Bemächtigung eines Menschen" liegt vor, sobald Jemand die physische Herrschaft über denselben gewonnen hat; so: Hälschner 2 138, Schütze S. 412, Blum N. 3, Oppenh. N. 2, Rubo N. 3, v. Schwarze N. 1, Bruck V. gg. d. Willensfrht. S. 70, 73, Villnow G. 24 116, Knitschky GS. 44 287; aM. v. Buri GS. 27 523, die Bemächtigung brauche nicht gerade eine physische zu sein; vgl. auch Geyer HH. 3 601 N. 5, welcher „ein Verleiten zur Auswanderung, um die Ausgewanderten in hülflose Lage zu versetzen," unter § 234 zu subsumiren scheint. Der Menschenraub ist aber wegen jenes Begriffs der „Bemächtigung" unter allen Umst. ein Freiheitsverbr., mag dieselbe zu dem einen oder zu dem anderen im § 234 gedachten Zwecke geschehen; so v. Liszt S. 373 (erschwerter Fall d. Freiheitsentziehg.); aM. Binding Normen 2 536. Die Richtung des im Menschenraube liegenden Angriffs geht gegen die Freiheit des Menschen als Eigenschaft der Persönlichkeit im Gegensatz zur physischen Beherrschung des Menschen durch einen Anderen, also, wenn man will, zur Sklaverei, in welcher diese Beherrschung ihren krassesten Ausdruck findet; vgl. Binding aO. S. 524.

Daß die „Bemächtigung" nicht, wie Merkel HRl. „Menschenraub" annimmt, eine Wegführung oder Fernhaltung Jemandes von seinem gewöhnlichen Aufenthaltsort" verlangt, ergiebt sich bereits aus dem Worte selbst, erhellt aber noch besonders aus der Entstehungsgeschichte; nach Goltd. Mat. 2 444 sollte der entsprechende § 204 des PrStGB. nach dem Entw. lauten: „ . . bemächtigt und mit sich führt oder in seiner Gewalt zurückhält . ."; diesen Worten wurde später, um die bloße „Zurückhaltung" auszuschließen, das Wort „Entführung" substituirt; letztere bezeichnete also die Bemächtigung und Wegführung eines

Menschen. Wenn nun der Thatbestand des Menschenraubes im RStGB., nach den Motiven, dadurch hat erweitert werden sollen, daß er nicht mehr die „Entführung“ bedingt, vielmehr nur verlangt, daß der Thäter sich eines Menschen „bemächtigt“ habe, so erhellt daraus, daß jede einschränkende Interpretation des Wortes „Bemächtigung“ im § 234 ausgeschlossen sein muß; Geyer HH. 3 602, 4 401, Hälschner 2 139, H. Meyer S. 585, Blum N. 3, Oppenh. N. 2, v. Schwarze N. 1 A. 1, Bruck, Villnow aO.

4) „Durch“ List, Drohung oder Gewalt muß die Bemächtigung erfolgt sein; hiernach bilden diese Mittel die Ursache der Bemächtigung; Villow G. 24 114. Allein hieraus ist nicht mit diesem zu folgern, daß jene Mittel gerade gegen denjenigen angewendet sein müssen, dessen der Thäter sich bemächtigte (vgl. jedoch § 235 N. 1), da unter Umständen auch eine gegen Dritte ausgeübte List ꝛc., z. B. gegen den Wärter eines Hülflosen, als Ursache der Bemächtigung eines Anderen erscheinen kann; so: Hälschner 2 138 u. GS. 35 10, Blum N. 3, Oppenh. N. 4, 5, Rubo N. 3, Rüb.-St. N. 1, v. Schwarze N. 1, v. Buri, Knitschky GS. 27 523, 44 293 (vgl. auch § 235 N. 5); aM.: Geyer HH. 3 603, Schütze S. 412 u. hinsichtlich der Gewalt Bruck V. gg. d. Willensfrht. S. 71. Es ist hiernach sogar eine Einwilligung des Geraubten in die Bemächtigung mit dem Thatbestande nicht unvereinbar; so: Binding Normen 2 525, H. Meyer S. 584, Oppenh. N. 5; aM. Knitschky aO. S. 274.

5a) „List“ ist nicht mit „Arglist“ (§ 170) oder „Hinterlist“ (§ 181) zu identifiziren, da es als Regel anzusehen ist, daß der Gesetzgeber mit verschiedenen Ausdrücken auch Verschiedenes habe bezeichnen wollen. Zwischen den in Rede stehenden drei Ausdrücken läßt sich, ohne denselben Gewalt anzuthun, unterscheiden; denn wenn der List die Arglist und die Hinterlist gegenüber stehen, so ist anzunehmen, daß List im allg. den klugen, auf Täuschung berechneten Anschlag oder Kunstgriff bedeute (vgl. Grimm's Wörterbuch „List“, insbs. Z. 4, 7), während Arglist noch außerdem den auf etwas „Arges“ gerichteten Sinn des Thäters (§ 170 N. 3), Hinterlist aber die „versteckte“ Vorbereitung des bösen Anschlags (§ 181 N. 2 b) bezeichnen solle. Vgl. die Definitionen bei: Villnow G. 24 113 (Fertigkeit, auf heimliche und kluge Weise zu wirken), v. Liszt S. 367 (Täuschung des Handelnden über die verursachende Bedeutung seines Thuns), Rubo N. 1 (jede auf Täuschung berechnete Veranstaltung) sowie einzelne praktische Beispiele, in denen die Anwendung von List im Falle des § 235 angenommen wurde, in: Dresden 24. Jan. 73, 17. Juli 74, Darmstadt 23. Sept. 78, St. 2 279, 4 358, 8 172. Uebereinstimmend mit obiger Ansicht definirte RG. I 21. Juni 86 R. 8 465 die „List“, nachdem es deren Identität mit „Heimlichkeit“ verneint hatte, während IV 28. Jan. 87 E. 15 340 (btr. § 235) diese Frage dahin gestellt sein ließ, jedenfalls aber „eine gegen den von der List Betroffenen beobachtete Heimlichkeit des Handelns“ für ausreichend erachtete, als „die Ausführung eines klugen, auf Täuschung berechneten Anschlages“. Demgegenüber nahm RG. II 27. Jan. 88 E. 17 90 (ohne übrigens einen Widerspruch mit dem cit. I 21. Juni 86 zu finden, weil der Anschlag nur beiläufig als ein „auf Täuschung berechneter“ bezeichnet sei) an, daß nach der gegenwärtig herrschenden Bedeutung des Wortes „List“ ein auf Täuschung berechnetes Mittel nicht erforderlich sei; es genüge vielmehr, wozu man auch nach dem Zwecke der Gesetzesvorschrift (speziell des § 235) gelange, neben der Anwendung eines gewissen Grades von Klugheit, Schlauheit, Fertigkeit ein geflissentliches Verbergen der Absicht o. der zur Erreichung der Absicht gebrauchten Mittel (das ist doch zweifellos ein auf Täuschung berechnetes Handeln!), ohne daß es darauf ankomme, ob bei dem Ueberlisteten irrige Vorstellungen wirksam werden sollten (was kann ein Verbergen der Absicht ꝛc. wohl für einen andern Zweck haben?); dem sich anschließend fand II 27/30. Nov. 88 E. 18 273 (btr. §§ 235, 237) „in der verabredeten u. vorbereiteten Heimlichkeit der nächtlichen Flucht (der Minderjährigen), verbunden mit der Beschaffung eines falschen Passes (seitens des Entführers)“ die Anwendung von List; dem tritt auch Knitschky GS. 44 287 bei.

Unter die Bemächtigung durch „List“ fällt auch die Betäubung durch narkotische Mittel, die nach § 113 N. 23a unter den Begriff der „Gewalt“ nicht zu subsumiren ist. So: Villnow aO., Geyer HH. 3 617 N. 2, Hälschner 2 243, Schütze S. 417 N. 9, v. Schwarze

N. 1 u. § 236 N. 3, Knitschky GS. 44 292. AM. Blum § 236 N. 3 u. Oppenh. N. 6, welche in einem solchen Falle „List oder Gewalt", ferner H. Meyer S. 584 N. 18 u. v. Lilienthal ZfStRW. 7 373, welche „Gewalt" annehmen, endlich Binding Normen 2 526 N. 755 u. Herbst G. 26 49, welche einen Fall der vis absoluta als vorliegend ansehen.

b) „Drohung" (vgl. § 48 N. 11a) ist hier sowenig wie im Falle des § 114 (das. N. 3b) oder des § 167 (das. N. 3b) das Inaussichtstellen einer strafb. Hdlg. So: v. Liszt S. 367, Oppenh. N. 3, Bruck V. gg. d. Willensfrht. S. 71, Villnow G. 24 114, Knitschky aO. S. 288. AM. Binding Normen 2 257 N. 757.

c) „Gewalt" (vgl. § 113 N. 23a) ist hier sowohl vis absoluta als auch compulsiva; so Blum N. 2; aM. Hälschner GS. 35 9, Gewalt habe hier eine beschränktere Bedeutung, und zwar weil hier daneben „List" erwähnt sei, die als vis absoluta wirken könne.

d) Hiernach wird der Angriff auf die Freiheit eines Menschen im Falle zu a durch ein dem Angegriffenen in Folge der Täuschung verborgen bleibendes Mittel, in den Fällen zu b u. c durch das Mittel der Nöthigung (vgl. § 240 und u. N. 6₂) begangen; beide Mittel können aber auch zusammentreffen, was geschieht, falls der Thäter nach Entdeckung der List zur Drohung oder Gewalt schreitet; Binding Normen 2 537 ff.

6) Der zum Menschenraube erforderliche Dolus wird zunächst durch die den Vorsatz, sofern er auf Herbeiführung des juristischen Endpunktes des Deliktes gerichtet ist, bezeichnenden Gesetzesworte „um zu" bestimmt; so Binding Normen 2 602 N. 894; aM. v. Liszt S. 374 (treibendes Motiv). Dieser Vorsatz ist ein Gefährdungsvorsatz, wenn der Thäter den Geraubten „in hülfsloser Lage aussetzen", ein Verletzungsvorsatz, wenn er ihn „in Sklaverei, Leibeigenschaft oder auswärtige Kriegs- oder Schiffsdienste bringen" wollte. Stellt aber auch das Gesetz vier (nicht blos, wie Binding aO. S. 536 will, drei) Verletzungen nebeneinander, so ist doch der Verletzungsvorsatz ein einheitlicher, weil allen diesen Fällen das Verbot zu Grunde liegt: „Jemanden in ein seine rechtliche Persönlichkeit dauernd beeinträchtigendes Abhängigkeitsverhältniß zu versetzen", eine Norm, deren Verletzung „durch List, Drohung oder Gewalt" freilich, wie außer Binding aO. N. 772 auch Bruck V. gg. d. Willensfrht. S. 74 u. Geyer HH. 3 601, 4 400 hervorheben (vgl. auch v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 208), keineswegs stets unter § 234 fällt, so z. B. nicht in dem Falle einer Bemächtigung behufs Einsperrung in ein Kloster; v. Liszt S. 374.

Die Realisirung des Vorsatzes gehört nicht zur Vollendung des Verbr. (N. 1); es liegt deshalb, unter Voraussetzung der übrigen Erfordernisse, ein vollendeter Menschenraub auch in dem Falle vor, wenn der Geraubte nach Absicht des Thäters zwar in Sklaverei gebracht werden sollte, thatsächlich aber nur in hülfloser Lage ausgesetzt wurde oder umgekehrt; so: v. Schwarze N. 4, v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 208, während Bindig aO. 2 537 eine Differenz zwischen Vorsatz und Erfolg nur innerhalb der Gruppe der eine Verletzung bezweckenden Arten des Menschenraubes für unerheblich zu erachten scheint.

Diesem eben charakterisirten sei es Gefährdungs- o. Verletzungsvorsatze tritt aber in den Fällen, wenn der Menschenraub durch Drohung oder Gewalt ausgeführt wird, noch ein Nöthigungsvorsatz hinzu, so daß der Menschenraub in diesen Fällen, als ein aus zwei Delikten zusammengesetztes Verbr. (N. 4d), einen Doppelvorsatz erfordert; Binding aO. 2 537 ff.

7a) Hinsichtlich des vom Thäter verfolgten Endzweckes wird eine alternative Feststellung mit Recht zunächst von keiner Seite für genügend erachtet, soweit es um die Alternative sich handelt, ob der Thäter den Geraubten in hülfloser Lage aussetzen oder ob er ihn in Sklaverei 2c. bringen wollte; da in jenem Falle ein Gefährdungs-, in diesem ein Verletzungsvorsatz festzustellen ist, so handelt es sich unzweifelhaft auch um verschiedene Thatbestände. Anders liegt die Frage für diejenigen vier Fälle des Thatbestandes, welche übereinstimmend einen Verletzungsvorsatz erfordern; da dieser ein gleicher ist, auch das Gesetz selbst die verschiedenen auf eine Verletzung gerichteten Endzwecke als gleichwerthig anerkennt (v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 208), so sind hier, von der unter b erwähnten Verschiedenheit der Mittel abgesehen, nicht verschiedene Thatbestände, sondern nur Modalitäten einer und derselben strafb. Hdlg. anzunehmen, weshalb eine alternative Feststllg. für zulässig zu erachten ist (§ 47 N. 29); Binding Normen 2 538.

b) Hinsichtlich der Mittel der Bemächtigung ist eine alternative Feststellung jedenfalls insoweit unzulässig, als es sich einerseits um Bemächtigung durch „List“, andererseits um eine solche „durch Drohung oder Gewalt“ handelt; denn der Umstand, daß dort lediglich der N. 6 charakterisirte Gefährdungs- bzw. Verletzungsvorsatz ausreicht, hier aber ein Nöthigungsvorsatz noch hinzutreten muß, bedingt jedenfalls eine Verschiedenheit des Deliktes in dem einen und in dem anderen Falle; aM. Oppenh. N. 9. Im übrigen vgl. § 240 N. 10.

8) Bezüglich der einzelnen Mischthatbestände ist noch Folgendes hervorzuheben:

a) Wegen „in hülfloser Lage aussetzen“ vgl. § 221 N. 4, 5; abweichend nehmen jedoch Geyer HH. 3 602, Hälschner 2 141 u. Blum N. 7 an, daß „Aussetzen“ hier eine wesentlich andere Bedeutung als im § 221 habe, indem es im letzteren um Gefährdung von Gesundheit und Leben, im ersteren um Freiheitsberaubung sich handele, mit der Voraussetzung, daß der Ausgesetzte an dem Orte, an welchem er ausgesetzt worden, sich in einer Zwangslage befinde, aus der er nicht nach eigenem Willen seinen Aufenthaltsort zu bestimmen vermöge (wovon — nach Hälschner — nur beim Aussetzen in entfernten Weltgegenden die Rede soll sein können).

b) Der Sklavenhandel, soweit er überhaupt unter § 234 fällt (Abschn. 18 N. 2), ist, wenn er von einem Deutschen im Auslande betrieben wird, nur unter der Voraussetzung des § 4³ strafbar (Begründung des o. Abschn. 18 N. 2 cit. Gesetzentw.); wird er auf einem Deutschen Handelsschiffe in offener See betrieben, so findet allerdings § 234 ev. ohne Weiteres Anwendung; vgl. § 3 N. 14a.

c) „Auswärtige Kriegs- oder Schiffsdienste“; das Bringen „in Kriegs- o. Schiffsdienste“, die übrigens nicht mit „Diensten im Kriege oder auf einem Schiffe“ zu identifiziren sind (Oppenh. N. 8, Villnow G. 24 117), erscheint nur dann als eine der Sklaverei bzw. der Leibeigenschaft ähnliche Freiheitsbeeinträchtigung, wenn „auswärtig“ nicht in dem § 8 N. 3b erläuterten S., sondern im Gegensatz zum Heimathlande des Geraubten verstanden wird; so: Oppenh., Villnow aO., v. Schwarze N. 2, Knitschky GS. 44 295; aM.: H. Meyer S. 584, Blum N. 9, Rubo N. 5. Daß die auswärtigen Kriegs- o. Schiffsdienste solche eines Staates seien, ist nicht erforderlich (Oppenh., Villnow aO.), thatsächlich wird dieses Verbr. (wegen dessen Strafbarkeit die Bemerkung zu b gilt) sogar häufig an Matrosen der Kaiserl. Marine begangen, um sie in den Dienst eines auswärtigen Handelsschiffes zu bringen.

Aus diesem allen ergiebt sich, daß, wenn auch der auf Versetzung in Sklaverei o. Leibeigenschaft gerichtete Zweck nur im Auslande, so doch das Bringen „in auswärtige Kriegs- o. Schiffsdienste“ möglicher Weise auch in D. erreicht werden kann; Knitschky aO.; aM. Villnow aO.

Vgl. übrigens den Thatbestand des Verg. aus § 141 (das. N. 2b).

9) Versuch des Menschenraubes ist gemäß der positiven Gestaltung des Thatbestandes denkbar, ohne daß die innere Versuchsnatur des Deliktes (N. 1) dem entgegen steht; vgl. § 43 N. 28b. So: v. Liszt S. 374 (derselbe beginne mit dem negativen Eingriff in die persönl. Freiheit), Rüd.-St. N. 5, v. Buri GS. 27 522.

10a) Idealkonk. (§ 73) mit einer aus § 169 strafb. Hdlg., insbs. mit Unterdrückung des Personenstds., ist denkbar (vgl. das. N. 7); RG. I 7. Feb. 84 E. 10 86.

b) Auch mit der Aussetzung (§ 221) kann der Menschenraub in Idealkonk. treten, und zwar nicht blos, wie Binding Normen 2 523 N. 749 annimmt, die zweite einen Verletzungs-, sondern auch die erste einen Gefährdungsvorsatz erfordernde Art des Menschenraubes (s. o. N. 6). So: Hälschner 2 82, Oppenh. § 221 N. 14, Rüd.-St. § 221 N. 10, v. Schwarze § 221 N. 7, 14 u. GS. 24 54, Villnow G. 24 116; vgl. auch Knitschky GS. 44 294. AM., außer Binding aO. u. Strafr. 1 355 (es finde nicht eine zweifache, sondern nur eine doppelt qualifiz. Lebens- o. Gesundheitsgefhdg. statt), auch v. Holtzendorff HH. 3 466, es schließe § 234 den § 221 aus, weil bei diesem mit Rücksicht auf § 234 anzunehmen sei, daß der Aussetzling entweder selbst dem Thäter sich anvertraut haben oder von Dritten ihm anvertraut sein müsse.

c) Wg. Idealkonk. mit § 235 vgl. das. N. 11.

11) Die Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus von 1—15 J. (§ 14₂), neben welchem nach § 32 VbbER. erkannt werden kann.

Der Versuch (N. 9) wird nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 bestraft.

12) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67₁ in funfzehn Jahren. Für die Frage bezüglich des Beginnes der Verjährung ist zunächst entscheidend, ob der Menschenraub als Dauerverbr. angesehen werden muß oder nicht (§ 67 N. 14a); diese Frage ist mit der GM. gegen Rubo N. 6 zu bejahen, da, wenn auch das Verbr. mit der Bemächtigung selbst vollendet ist (N. 1), so doch diese ein dem Rechte widerstreitender Zustand ist, dessen Dauer vom Willen des Thäters abhängt. Mit Recht nehmen daher Geyer HH. **3** 607, Hälschner **2** 142, Oppenh. N. 11 u. Rüd.-St. N. 5 an, daß die Verjährung nicht laufe, solange der Geraubte in der Macht des Räubers sich befinde, während Bruck V. gg. d. Willensfrht. S. 75, Puchelt N. 4, v. Buri GS. **27** 523 u. Blum N. 10 zu weit gehen, wenn sie die Verjährung erst mit dem Aufhören der Unterwerfung des Geraubten unter fremden Willen beginnen lassen, mögen die letzteren beiden auch für den Fall der Aussetzung bemerken, daß solches mit deren Vollendung der Fall sei (vgl. § 221 N. 15).

Zuständig ist **SchwG.**; GVG. §§ 80, 73²⁻⁷, 136¹.

§. 235.

Wer eine minderjährige Person durch List, Drohung oder Gewalt ihren Eltern oder ihrem Vormunde entzieht, wird mit Gefängniß und, wenn die Handlung in der Absicht geschieht, die Person zum Betteln oder zu gewinnsüchtigen oder unsittlichen Zwecken oder Beschäftigungen zu gebrauchen, mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft.

PrStGB. §§ 205, 206. Entw. I §§ 206, 207, II § 230.

Einfacher Thatbestand. N. 1—7.

1) Der Thatbestand des sog. Kinderraubes erfordert, daß eine minderjährige Person ihren Eltern oder ihrem Vormund „entzogen" wird. Ausweislich der Motive wurde das Wort „Entziehen" dem im entsprechenden § 205 des PrStGB. gebrauchten „Entführen" substituirt, „um schon durch die Ausdrucksweise anzuzeigen, daß das einschlägige Verbrechen als eine besondere Art des Menschenraubes, nicht aber, wie dort, als eine besondere Art der Entführung aufzufassen sei"; der rechtsgeschichtl. Entwickelung entsprechend nehme der Entw. an, daß die „Entführung" nur an Frauenspersonen begangen werden könne. Es ergiebt sich hieraus, daß „entführen" nur mit Rücksicht auf die gemeinrechtl. Terminologie durch „entziehen" ersetzt worden ist, daß dagegen nicht beabsichtigt wurde, den Thatbestand des § 235 von einem der Merkmale des im § 234 als Menschenraub bezeichneten Verbrechens abhängig zu machen; geschehen ist solches thatsächlich auch keineswegs. Die Entstehungsgeschichte läßt sich somit nicht dafür verwerthen, daß § 235 die Begründung einer Abhängigkeit des Minderjährigen von dem Entziehenden zur Voraussetzung habe; ebensowenig aber ist dieses (mit Villnow GS. **24** 112, 118) etwa aus dem Thatbestande des qualifizirten Kinderraubes (N. 8 ff.) zu schließen; denn derselbe verlangt keineswegs, daß der Entzogene zu den am Schlusse des §. bezeichneten Zwecken wirklich gebraucht werde, sondern nur eine auf solchen Gebrauch gerichtete Absicht des Thäters; eine Bemächtigung des Minderjährigen seitens des Thäters wird sonach auch beim qualifizirten Kinderraube nicht erfordert. Ist auch „entziehen" hier, wie im § 137 (das. N. 9) sowie in den §§ 140, 143, 257, 298, 346, nicht in wörtlicher, sondern in übertragener Bedeutung zu nehmen (so auch **RG.** II 27. Jan. 88 **R. 10** 74, unvollständiger **E. 17** 90), so muß doch auch in diesem Sinne die Beseitigung der früheren Verbindung genügen, gleichviel ob durch die Beseitigung ein neues Band geschaffen wird oder nicht. So **RG.** II 27/30. Nov. 88 **E. 18** 273 (mit der weiteren Ausführung, daß allerdings, wenn kleine Kinder Objekt des Verg. seien, eine Entziehung aus der Gewalt der Eltern ꝛc. ohne Begründung eines anderen Gewaltverhältnisses sich schwer konstruiren lasse, wohl aber, wenn eine der Großjährigkeit nahe stehende Person Objekt sei); auch wohl Merkel S. 313, indem er das Delikt für vollendet erachtet

(s. u. letzt. Abs.), sobald das Kind der gesetzmäßigen Aufsichtsgewalt entzogen ist. Abweichend nimmt die überwiegende M. an, daß ein Entziehen das Vertauschen des verletzten Gewaltverhältnisses mit einem anderen erheische; so insbs. auch noch das cit. **RG.** 27. Jan. 88; ferner v. Liszt S. 375 u. Knitschky GS. **44** 300 sowie mit der Folgerung, daß ohne Begründung eines solchen Abhängigkeitsverhältnisses nur eine Anstiftung bzw. Beihülfe zur straflosen Selbstentziehung angenommen werden könne: Schütze S. 413 N. 6, Oppenh. N. 1, 6, v. Schwarze N. 7, v. Buri GS. **27** 524. Das Gesetz spricht nur davon, daß eine minderjährige Person „ihren Eltern oder ihrem Vormunde" entzogen werde, ohne näher zu präzisiren, ob es um eine Entziehung aus der thatsächlich ausgeübten Gewalt der Eltern 2c. oder um einen Eingriff in das Erziehungs- und bzw. Aufsichtsrecht der bezeichneten Personen sich handele (N. 2). Da das Strafrecht vor Allem gegen Rechtsverletzungen sich richtet, so wird man sich für das letztere entscheiden müssen; darnach ist also die „Entziehung" eine Behinderung der Ausübung des Erziehungs- 2c. Rechtes und ergiebt sich als Konsequenz, daß es darauf nicht ankommen kann, ob der Geltendmachung des Rechts schon vor der Entziehung Hindernisse entgegen standen, oder ob der Berechtigte sein Recht überhaupt jemals oder gar unmittelbar vorher ausgeübt hat; cit. **RG.** 27. Jan. 88. Handelt es sich aber bei dem Kinderraube um das seinem Wesen nach auf einen längeren Zeitraum sich erstreckende Erziehungs- 2c. Recht, so folgt daraus, daß auch die Entziehung auf Herbeiführung eines Zustandes von einer gewissen Dauer gerichtet sein muß, weshalb z. B. ein bloßes Spazierenführen eines Kindes den Thatbestand nicht erfüllen kann; so: cit. **RG.** 27/30. Nov. 88, Darmstadt 23. Sept. 78 St. **8** 172, Hälschner **2** 143, Geyer HH. **4** 401, v. Buri aO. u. GS. **29** Beilageh. S. 82, Knitschky aO. S. 297; aM.: Dresden 24. Jan. 73 St. **2** 280, Blum N. 5, Oppenh. N. 7. Demgemäß dauert die Entziehung i. S. des § 235 so lange, als der Zustand fortwährt, vermöge dessen die minderjährige Person der den Berechtigten (N. 2_3) gesetzlich zustehenden Beaufsichtigung entrückt ist; **RG.** IV 28. Jan. 87 E. **15** 340 (das deshalb eine Entziehung in einem Falle annahm, wo zwar den Kindern ein Vormund erst nach der Entfernung bestellt wurde, aber das Fernhalten des Kindes auch nach erfolgter Bestellung fortdauerte), Knitschky GS. **44** 300. Im übrigen erfordert das „Entziehen" hier so wenig wie im § 137 (das. N. 9), daß das Erziehungsrecht der Eltern 2c. beseitigt werde, vielmehr genügt die Herbeiführung eines thatsächlichen Zustandes der oben bezeichneten Art; daß derselbe durch örtliche Fortschaffung herbeigeführt werde, verlangt das nur in übertragener Bedeutung gebrauchte Wort „Entziehung" nicht, ebensowenig wie die Bemächtigung (§ 234 N. 3_2); so: H. Meyer S. 586, Villnow aO. S. 112, 115; aM. Rubo N. 7. Den allg. Grundsätzen entsprechend (Th. I Abschn. 3 N. 3) kann die Entziehung auch durch eine Unterlassung verübt werden, so z. B. durch Verschweigen des Aufenthaltes des Minderjährigen; cit. **RG.** 27. Jan. 88. Vollendet wird das Delikt durch die Entziehung, woraus die Differenz der Ansichten über den Zeitpunkt der Vollendung sich von selbst ergiebt, indem je nach der einen oder anderen Ansicht die Begründung eines Gewaltverhältnisses für erforderlich oder für nicht erforderlich erklärt wird.

2) Wenn auch § 235 wenigstens mittelbar den Schutz der „minderjährigen Personen" (§ 65 N. 4) selbst bezweckt (**RG.** II 27/30. Nov. 88 E. **18** 273), so richtet der Angriff sich doch vor Allem gegen das Erziehungs- bzw. Aufsichtsrecht derjenigen Personen, welchen — nach v. Liszt S. 374 — „die Verfügungsbefugniß über das Rechtsgut der persönl. Freiheit der Minderjährigen" zusteht (weshalb die Willensfähigkt. o. Unfähigkeit der letzteren selbst gleichgültig ist; v. Buri GS. **27** 524). So im wesentlichen: Dresden 24. Jan. 73, 9. Apr. 77, St. **2** 279, **7** 305, Bruck V. gg. d. Willensfrht. S. 70, Merkel S. 313 u. HRl. „Menschenraub", Geyer HH. **3** 603, v. Liszt aO., Oppenh. N. 1, während Villnow G. **24** 108 das Wesentliche des Verbr. in der „quantitativen" Beraubung der persönl. Freiheit des Minderjährigen erblickt, und v. Schwarze N. 2, 4 zwischen dem einfachen und dem qualifizirten Thatbestande in der Weise unterscheidet, daß er dort das Recht der Eltern, hier „den Geraubten" selbst als das eigentliche Objekt der Strafthat ansieht.

Die verfügungsberechtigten Personen, gegen die somit der Angriff sich richtet, sind, außer dem „Vormunde" (§ 34 N. 7), namentl. die „Eltern"; derentwegen ist zu ver-

gleichen § 181 N. 4aα, denn auch hier sind unter „Eltern" die leiblichen Eltern sowie die Adoptiv- u. Pflegeeltern zu verstehen, indem einerseits durch den Sprachgebrauch des StGB. die Ausdehnung auf „Verwandte aufsteigender Linie", andererseits durch den dem § 235 zu Grunde liegenden Gedanken die Beschränkung auf „leibliche Eltern" ausgeschlossen erscheint; so: v. Liszt S. 374 N. 2, Oppenh. N. 5, Rubo N. 2, Rüd.-St. N. 4, auch Villnow G. 24 118 abgesehen von „Pflegeeltern". Wenn Blum N. 3 auch „Personen, denen die Eltern ihr Kind anvertraut haben", als Eltern i. S. des § 235 bezeichnet, so verkennt er, daß, falls ein so anvertrautes Kind entzogen wird, das Verbr. dennoch gegen die Eltern selbst sich richtet (N. 1). Uebrigens ist „Eltern" auch hier, wie in den §§ 181[2], 182[2], nur eine Kollektivbezeichnung für Vater oder Mutter; steht auch das Aufsichts- u. Erziehungsrecht bei bestehender Ehe in der Regel den Eltern gemeinschaftlich zu, so hat die Vorschrift doch zugleich denjenigen Elterntheil im Sinne, dem das zu schützende Recht ausnahmsweise allein zusteht; RG. I 21. Juni 86 R. 8 465, 15. Okt. 91 E. 22 166 (vgl. auch das R. 4 cit. II 27. Jan. 88), Dresden 9. Apr. 77 St. 7 305.

3) Nach der Ausführung in N. 2 kann eine aus § 235 strafb. Hdlg. recht wohl trotz Einwilligung des Minderjährigen vorliegen, nicht aber — von eigenthümlichen Komplikationen abgesehen (N. 4) — beim Einverständnisse der Eltern oder des Vormundes; so: RG. II 27/30. Nov. 88 E. 18 273, v. Buri GS. 27 525, Geyer HH. 3 603, 605, Hälschner 2 143, v. Liszt S. 374, Merkel S. 313, H. Meyer S. 586, v. Wächter S. 366 insbs. N. 6, Blum N. 5, F. Meyer N. 3, Oppenh. N. 1, 4, Rüd.-St. N. 3, speziell hinsichtlich des ersten Punktes: Dresden 24. Jan. 73, 17. Juli 74, Darmstadt 23. Sept. 78, St. 2 279, 4 358, 8 172, Binding 1 729 N. 34, Schütze S. 413, hinsichtlich des zweiten Punktes Merkel aO.

4) Subjekt des Verbr. können, abgesehen von dem außerehelichen Vater (Colmar OLG. 2. Dez. 90 Franz Rechtspr. 2 52), unter Umständen auch die leiblichen Eltern sein, sei es zusammen, wie z. B. den Adoptiveltern gegenüber, oder einzeln, wie z. B. die Mutter gegenüber dem Vater (RG. I 21. Juni 86 R. 8 465 btr. Code civil art. 373, II 27. Jan. 88 R. 10 74, unvollständiger E. 17 90, btr. PrALR., insbs. II 2 §§ 70, 74), selbst bei bestehendem gemeinschaftlichen, aber überwiegend väterlichen Erziehungsrechte (RG. I 15. Okt. 91 E. 22 166), der Vater gegenüber der Mutter, welcher das alleinige Erziehungsrecht zugesprochen ist (cit. RG. 21. Juni 86, Dresden 9. Apr. 77 St. 7 305), oder die außereheliche Mutter gegenüber dem Vormunde (Dresden 17. Juli 74 St. 4 358); so auch: v. Liszt S. 374, H. Meyer S. 586, Oppenh. N. 5, Rüd.-St. N. 4, 7, Villnow G. 24 118, Knitschky GS. 44 296. Nicht minder kann ein Vormund Subjekt des Kinderraubes sein, z. B. einem Mitvormunde gegenüber; Blum N. 4, auch v. Liszt aO. für den Fall, daß dem Vormunde die Aufsicht entzogen sei.

Die minderjährige Person selbst kann weder als Thäter noch als Theilnehmer zur Verantwortung gezogen werden, weil § 235 (s. o. N. 2) wenigstens mittelbar ihren Schutz bezweckt (Th. I Abschn. 3 N. 9b); RG. II 27/30. Nov. 88 E. 18 273 (deshalb sei auch die Theilnahme an der Selbstentziehung seitens eines Minderjährigen straflos; wenn aber der Dritte die That als eigene wollte und seine Thätigkeit einschließlich der von ihm vorsätzl. verursachten Mitwirkung des Minderjährigen den Thatbestand herbeiführte, so sei die Mitwirkung des Minderjährigen so zu beurtheilen, als hätte dieser ohne den nöthigen Dolus gehandelt).

5) Als Mittel der Entziehung kommen auch hier, wie im § 234, nur „List, Drohung oder Gewalt" in Betracht; vgl. deshalb das. N. 4 f. u. wegen der thatsächlichen Feststellung N. 7b. Insbs. ist es auch hier gleichgültig, wem gegenüber die Mittel zur Anwendung gebracht werden, wenn nur die oben dargelegten Gesichtspunkte gewahrt bleiben; sie können deshalb ebensowohl gegen den Minderjährigen selbst als auch gegen die Eltern (Berlin 10. März 76 O. 17 194) sowie endlich auch gegen dritte Personen (RG. I 21. Juni 86 R. 8 465 gg. einen mit der Abholung des Kindes betrauten Vollstreckungsbeamten; IV 28. Jan. 87 E. 15 340 gg. einen Vormundschaftsrichter, dessen Stellung im Verhältniß zwischen Vormund u. Mündel eine solche sei, daß eine gegen ihn verübte List im ursächl. Zusammenhang mit der Entziehung die Anwendbarkeit des § 235 unbedenklich erscheinen lasse; Dresden 24. Jan. 73, 17. Juli 74, St. 2 279, 4 358 gg. die Vorsteher eines Erziehungsinstituts)

angewendet sein; so: Hälschner 2 142 u. GS. 35 10, v. Wächter S. 366, Oppenh. N. 3 Knitschky GS. 44 301. Abweichend verlangen die Anwendung der Mittel gegen den Minderjährigen Villnow G. 24 115 u. v. Kirchmann N. 1, gegen den Gewalthaber o. den Gewaltunterworfenen Schütze S. 413.

6) Die Rechtswidrigkeit der Entziehung, welche unzweifelhaft zum Thatbestande des Kinderraubes gehört, aber, weil nicht ausdrücklich erwähnt, im nichtschwurgerichtl. Verfahren nur bei angeregtem Zweifel der Feststellung bedarf, kann durch Verhältnisse verschiedener Art ausgeschlossen sein; so dem Vater gegenüber, wenn diesem das Erziehungsrecht genommen ist, der Mutter gegenüber, wenn die Entziehung dem bei bestehender Ehe regelmäßig maßgebenden Willen des Vaters entspricht, dem Vormunde gegenüber, wenn derselbe seine Pflegebefohlenen zu verbrecherischen Hdlgen z. B. aus § 174[1] mißbraucht.

Dagegen wird der Thatbestand keineswegs dadurch ausgeschlossen, daß dem berechtigten Elterntheile prozessuale Zwangsmaßregeln auf Herausgabe der Kinder zustehen; das Vorgehen im Vollstreckungswege hindert nicht, eine hierbei vorkommende Entziehung des Kindes durch List rc. unter § 235 zu stellen; RG. I 21. Juni 86 R. 8 465.

7) Der Dolus besteht, abgesehen von dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit (N. 6 u. § 59 N. 30), lediglich in dem Wissen und Wollen des Deliktsthatbestandes, so daß namentl. eine „auf Schmälerung des Rechtes der Eltern" gerichtete Absicht, oder die Absicht einer dauernden Entziehung in einem anderen, als dem N. 1 bezeichneten Sinne, nicht erforderlich ist; Dresden 24. Jan. 73, Darmstadt 23. Sept. 78, St. 2 279, 8 172, Hälschner 2 143, Rüd.-St. N. 5. Siehe jedoch u. N. 9₂.

Straferhöhender Umstand. N. 8—10.

8) Es bildet einen, das Verg. zum Verbr. stempelnden, straferhöh. Umst. i. S. der §§ 262, 264, 266, 295 der StPO., wenn die Hdlg. in der im zweiten Satze des § 235 gekennzeichneten „Absicht" (N. 1) geschieht. Schon aus dieser äußeren Disposition des Gesetzes ergiebt sich, daß eine solche Absicht hier nicht mit dem beim Kinderraube erforderlichen Deliktsvorsatze (N. 7) zusammenfällt, sondern lediglich als Beweismittel für einen besonders intensiven und deshalb mit erhöhter Strafe zu belegenden Grad der Verschuldung dient; Binding Normen 2 599, 597 N. 181, 602. Auch das Verbrechen des Kinderraubes ist hiernach, ohne Rücksicht auf die Verwirklichung der Absicht, mit der Entziehung selbst vollendet. Andererseits wird bei der Gleichheit des Deliktsthatbestandes auch hier, wie beim Vergehen, der Thatbestand durch die Einwilligung der Eltern in der Regel ausgeschlossen (N. 3); so Hälschner 2 144; vgl. jedoch v. Schwarze N. 4.

9) Die im Gesetze hervorgehobene Absicht geht dahin, die minderjährige Person — nach Begründung eines Gewaltverhältnisses (N. 1) — zu „gebrauchen"

a. „zum Betteln" (vgl. § 361[4]) oder

b. „zu gewinnsüchtigen oder unsittlichen Zwecken oder Beschäftigungen". Das „Betteln" ist übrigens, wie v. Buri GS. 27 525 bemerkt, sicher ein „gewinnsüchtiger" (§ 133 N. 8) Zweck. „Unsittlich" ist hier nicht i. e. S. des Abschn. 13 (das. N. 1), sondern i. w. S. zu verstehen; so: H. Meyer S. 587, v. Schwarze N. 4; aM. Oppenh. N. 10.

Uebrigens brauchen die vom Thäter verfolgten Zwecke, wenn auch die „Entziehung" begrifflich eine gewisse Dauer erfordert (N. 1), nicht auch ihrerseits dauernde zu sein; so: Hälschner 2 144, Oppenh. N. 7, v. Schwarze N. 5, Knitschky GS. 44 303; aM. Villnow G. 24 118.

„Die — minderjährige — Person" wird nur durch eine sie persönlich treffende Weise zu den gedachten Zwecken i. S. des straferhöh. Umst. gemißbraucht, nicht aber dann, wenn durch den Kinderraub anderen Personen gegenüber derartige Zwecke, von denen der Minderjährige jedoch nicht selbst berührt wird, verfolgt werden sollen; Hälschner 2 144, Knitschky aO. S. 302.

10) Ein Versuch (§ 43) des Verbr. ist denkbar; so v. Liszt S. 375 u. v. Buri GS. 24 525, freilich von ihrem Standpunkte (s. o. N. 1).

Idealkonkurrenz; Strafe; Verjährung, Zuständigkeit. N. 11—13.

11) Wegen Idealkonk. (§ 73) mit § 169 vgl. die entsprechende Anwendung findende N. 10a zum § 234, wegen solcher mit § 236 das. N. 8.

Mit § 234 kann Idealkonk. stattfinden, sofern die Absicht des Thäters auf eines der dort angeführten Ziele geht und die That ohne Einwilligung des Kindes (s. o. N. 3) verübt wird; Knitschky GS. 44 285.

12) Die Strafe des Vergehens ist Gefängniß von 1 T.—5 J. (§ 16).

Die Hauptstrafe des vollendeten Verbrechens ist Zuchthaus von 1—10 J. (§ 14_2), neben welchem nach § 32 VdbER. erkannt werden kann. Der Versuch des Verbr. (N. 10) wird nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 bestraft.

13) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 beim Verg. in fünf, nach § 67_1 beim Verbr. in zehn Jahren.

Da das Vergehen ein Dauerdelikt ist (vgl. das N. 1 cit. RG. 28. Jan. 87), so beginnt die Verjährung (§ 67 N. 14a) erst mit dem Aufhören der Entziehung; so die GM.; aM. Rubo N. 7.

Zuständig ist: wegen des Verg. (Satz 1) **Strafk.**; GVG. §§ 73^1, 27;
wegen des Verbr. (Satz 2) **SchwG.**; GVG. §§ 80, 73^{2-7}, 136^1.

§. 236.

Wer eine Frauensperson wider ihren Willen durch List, Drohung oder Gewalt entführt, um sie zur Unzucht zu bringen, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren und, wenn die Entführung begangen wurde, um die Entführte zur Ehe zu bringen, mit Gefängniß bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

PrStGB. § 207. Entw. I § 208, II § 231. StB. S. 670.

Zu §§ 236—238. N. 1.

1) Die „Entführung", von welcher die §§ 236—238 handeln, kann nach der bei der Redaktion des StGB. ausweislich der Motive obwaltenden, auf die rechtsgeschichtliche Entwickelung sich stützenden Auffassung nur an einer „Frauensperson" (N. 3) begangen werden; Hälschner 2 241. Der Ausdruck „Entführung" ist deshalb im ausgesprochenen Unterschiede von der „Bemächtigung" (§ 234 N. 3) bzw. von der „Entziehung" (§ 235 N. 1) gebraucht.

Eigenthümlich ist der Entführung ferner, daß der Thäter bei derselben Zwecke geschlechtlicher Art (N. 5) verfolgt; Berner S. 530, Geyer HH. 3 608, v. Liszt S. 380, Löning S. 107, Merkel S. 313. Nach der positiven Bestimmung des StGB. handelt es sich bei der Entführung darum, die Entführte entweder „zur Unzucht" oder „zur Ehe" zu bringen. Da übrigens die Erreichung eines dieser Zwecke hier sowenig wie im Falle des § 234 (das. N. 1) zur Vollendung der Strafthat gehört (Geyer HH. 3 616, Hälschner 2 243, v. Liszt S. 382, Schütze S. 417, v. Wächter S. 373, Blum N. 4, Puchelt N. 1, Rüd.-St. N. 12, v. Schwarze N. 4), so erscheint auch hier eine Versuchs- o. richtiger (Löning S. 107) eine bloße Vorbereitungshdlg. unter eine selbständige Strafandrohung gestellt (§ 43 N. 3b, c).

Die Entführung setzt endlich begrifflich voraus, daß die Entführte von einem Orte nach einem anderen geschafft werde (vgl. dagegen §§ 234 N. 3_2, 235 N. 1_2) und gleichzeitig in die Gewalt des Entführers gelange; so die GM.; abweichend jedoch einerseits H. Meyer S. 1005 u. v. Liszt S. 381, ein Wegführen von Ort zu Ort werde nicht verlangt, andererseits von Wächter S. 373 u. Oppenh. N. 6, es sei Wegführung an einen Ort erforderlich, an welchem die Entführte der willkürlichen Behandlung eines „Anderen" (eines „Unberechtigten") preisgegeben sei; diese Ansicht verwechselt jedoch den mit der Entführung verfolgten Zweck mit dieser selbst.

Zu § 236. N. 2—12.

2) Subjekt der Entführung braucht nicht nothwendig eine Mannsperson zu sein und nöthigt namentl. die Bestimmung des § 238 nicht zu dieser Auffassung. Abgesehen davon, daß „Unzucht" i. S. des § 236 (s. u. N. 5a) auch zwischen Frauenspersonen möglich ist, so erfordert der Thatbestand der Entführung keineswegs, daß die angestrebten geschlechtlichen Beziehungen (N. 1_2) zwischen dem Thäter und der Entführten stattfinden sollen; es ist

vielmehr — entsprechend dem blos vorbereitenden Charakter der Strafthat — auch eine Entführung im Interesse eines Dritten denkbar; so die GM.; aM.: v. Kirchmann N. 1, Puchelt N. 1, auch v. Wächter S. 372 f., der zwar zugiebt, daß eine Frau als Miturheberin nicht ausgeschlossen sei, sie aber nur dann als solche ansieht, wenn ihr Zweck sei, die Entführte in die Gewalt eines mit ihr einverstandenen Mannes zu bringen, und sie dieses bewerkstellige.

Daß der Thäter die Wegführung der Frauensperson von einem Orte nach einem anderen persönlich vornehme, verlangt das Gesetz nicht; es gelten vielmehr die allg. Grundsätze über mittelbare Thäterschaft (Th. I Abschn. 3 N. 5_3); RG. I 6. Mai 89 E. 19 159 (Ausführung der Entfernung durch einen Gehülfen).

3) Objekt der aus § 236 strafb. Entführung kann eine jede „Frauensperson“ (§ 176 N. 2) sein, und zwar mit Rücksicht auf den Begriff der Unzucht i. S. des § 236 auch eine noch nicht mannbare; aM. diejenigen, welche Unzucht mit Beischlaf identifiziren (N. 5a), so z. B. v. Liszt S. 380. Unbescholtenheit bzw. Unverleumdetsein der Frauensperson ist kein Erforderniß; Hälschner 2 241, Wahlberg HRl. „Entführung“, Rüd.-St. N. 1; vgl. auch das u. N. 5 cit. RG. 17. Nov. 87.

Da unzüchtige Hdlgen auch unter Eheleuten denkbar sind (§ 176 N. 3), so würde an sich selbst der Ehemann die eigene Ehefrau entführen können; allein eine strafb. Hdlg. würde, wie die GM. mit Recht annimmt, wegen fehlender Widerrechtlichkeit nicht oder wenigstens nur unter besonderen Verhältnissen vorliegen, so, falls der Ehefrau während eines Scheidungsprozesses richterlicherseits das Getrenntleben vom Ehemanne gestattet ist; Rubo N. 5, Rüd.-St. N. 1.

Dagegen ist die Entführung der eigenen Braut, auch wenn sie zu dem Zwecke geschieht, um letztere zur Ehe zu bringen, strafbar; Hälschner 2 242 N. 1, v. Wächter S. 374 N. 15, Wahlberg HRl. „Entführung“, Oppenh. N. 3, Puchelt N. 1, Rüd.-St. N. 1, v. Schwarze N. 1 A. 1.

Uebrigens kann eine Frauensperson nur dann Objekt einer aus § 236 strafb. Entführung werden, wenn diese „wider ihren Willen“ geschieht (N. 4_2). Trotzdem ist aber „Willensfähigkeit“ der Frauensperson im juristischen S. auch hier nicht Erforderniß, da lediglich die thatsächliche Willensrichtung gemeint ist; so kann namentl. eine Geisteskranke Gegenstand der Strafthat aus § 236 sein; Oppenh. N. 4, Rüd.-St. N. 1.

4) Als Mittel der Entführung kommen, wie in den §§ 234, 235, nur „List, Drohung oder Gewalt“ in Betracht; vgl. deshalb § 234 N. 4 f., 7b. Abweichend müssen jedoch im Falle des § 236 die Mittel der Entführten selbst gegenüber angewendet sein; denn da die Entführung „wider ihren Willen“ stattgefunden haben muß, so ist erforderlich, daß der Wille der Frauensperson durch eines jener Mittel gebrochen worden sei; Hälschner 2 243, v. Kirchmann N. 1, F. Meyer N. 2, v. Schwarze N. 3. Gleichgültig ist deshalb, ob etwa die Eltern oder der Vormund in die Entführung einwilligten; so: Villnow G. 24 120, Blum N. 2; aM. Puchelt N. 1.

Unzulässig ist es übrigens, den Worten „wider ihren Willen“ zu substituiren „ohne ihren Willen“ (vgl. § 220 N. 2); mangelnde Zustimmung genügt zur Erfüllung des Thatbestandes nicht; so Rubo N. 6; aM.: Hälschner 2 243 N. 1, Oppenh. N. 4. Unvereinbar mit dem Gesetz ist die Ansicht von Blum § 237 N. 3, die Entführung einer Ehefrau, auch wenn sie einwillige, falle unter § 236.

5) Der Zweck, welcher mit der Entführung verfolgt wird (N. 1_3), geht dahin, die Entführte entweder „zur Unzucht oder zur Ehe zu bringen“; in diesem letzteren Worte liegt nicht, daß der Thäter mit der Absicht umgehen müsse, gegen die Entführte ev. Gewalt anzuwenden oder nach bewirkter Entführung ferner gegen ihrer Willen zu handeln; so die GM.; vgl. auch RG. I 6. Mai 89 E. 19 159, in welcher Weise die Entführte zur Ehe gebracht werden solle, darüber bestimme § 237 nichts. Auch hat durch den hervorgehobenen Ausdruck nicht gefordert werden sollen, daß nur eine unbescholtene (N. 3) o. wenigstens den unzüchtigen Absichten des Thäters nicht gefügige Frauensperson Objekt sein könne; es kommt vielmehr lediglich darauf an, daß der Thäter die erlangte Gewaltherrschaft für die Erreichung seiner Zwecke zu mißbrauchen beabsichtigte, derartig daß es einen rechtlichen Unter-

schied nicht macht, ob die Unzucht (a) nach der Entführung erst begonnen o. nur fortgesetzt werden soll; RG. III 17. Nov. 87 E. 16 391 (btr. § 237).

a) „Unzucht" ist in dem in N. 2 zum § 180 erläuterten S. zu verstehen; so: Rüd.-St. N. 5, v. Schwarze N. 2, während v. Liszt S. 381, Blum N. 5, F. Meyer N. 4 u. Oppenh. N. 7 Unzucht wegen der Gleichstellung mit der „Ehe" nur als „Beischlaf" (§ 173 N. 1) auffassen.

b) „Ehe" kann von einer „nichtigen" Ehe (§ 171 N. 2_3) nicht verstanden werden. Es folgt dies zunächst aus der Natur der Sache, indem einem dahin gehenden Zwecke, die Entführte zu einer nichtigen Ehe zu bringen, nur die Bemäntelung der „Unzucht" zu Grunde liegen kann. Dazu kommt die positive Vorschrift des § 238, wonach für den Fall einer Heirath zwischen dem Entführer und der Entführten die Zulässigkeit der Strafverfolgung lediglich von der Ungültigkeits-, nicht auch alternativ von der Nichtigkeitserklärung abhängig gemacht wird; war die geschlossene Ehe nichtig, so ist die Verfolgung nach gestelltem Strafantrage unbedingt statthaft, gleich als ob eine Heirath garnicht eingegangen worden wäre.

6) Für den Dolus ist, abgesehen von dem Bewußtsein der Widerrechtlichkeit, von Bedeutung, daß der Begriff der Entführung die Verfolgung von geschlechtlichen Zwecken fordert (N. 1_2). Deshalb bezeichnet das „um zu" auch hier (vgl. § 234 N. 6) den auf Herbeiführung des juristischen Endpunktes des Deliktes gerichteten Vorsatz und dient keineswegs, wie Binding Normen 2 602 N. 895 annimmt, zur Charakterisirung des Verbrechensmotives als eines Strafbarkeitsmerkmals. Die Verschiedenheit dieses Vorsatzes begründet vielmehr zwei verschiedene Thatbestände, und darf die Fassung des § 236 nicht etwa dazu verleiten, die auf Verehelichung der Entführten gerichtete Absicht lediglich als einen strafvermind. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 266, 295 anzusehen.

Da, wie oben N. 1_2 hervorgehoben worden, die Erreichung des verfolgten Endzwecks zur Vollendung der That nicht gehört, so ergiebt sich folgeweise, daß der erstere der beiden Mischthatbestände vorliegt, wenn der Thäter die Entführte zur Unzucht zu bringen bezweckte, mit ihr demnächst aber die Ehe einging, dagegen der zweite Mischthatbestand bei umgekehrter Sachlage. Vgl. auch § 238, der bei stattgefundener Ehe, ohne jede Rücksicht auf den bei der Entführung verfolgten Zweck, Anwendung findet.

7) Ein Versuch der aus § 236 strafb. Hdlgen ist denkbar, derjenige des Verg. jedoch nicht für strafbar erklärt und deshalb straflos; § 43_2.

8) Idealkonk. mit § 235 ist möglich, da weder einer der beiden Thatbestände spezieller als der andere ist, noch ein Grund zu der Annahme vorliegt, daß § 235 den §§ 236 f. gegenüber subsidiär sei (§ 73 N. 12 f.); RG. II 27/30. Nov. 88 E. 18 273.

Die Frage, ob die Erreichung des angestrebten Zweckes (N. 1_2) ein real konk. Delikt (§ 74) enthalten könne o. ob Konsumtion (§ 73 N. 14) eintrete, wird mit Löning S. 107 i. S. der ersteren Alternative zu bejahen sein.

9) Zur Stellung des nach Absatz 2 erforderlichen Strafantrages (§§ 61 ff.) ist, unbeschadet der Bestimmung des § 65, die Entführte berechtigt; Reber Antragsdel. S. 387, Hälschner 2 244, F. Meyer S. 238 N. 2, Rubo N. 9. Fraglich ist, ob unter Umständen auch andere Personen als Verletzte angesehen werden können, so z. B. die Eltern, bei denen die wenn auch schon großjährige Entführte wohnte, oder der Ehemann bezüglich seiner großjährigen Ehefrau. Nach der positiven Fassung des § 236, gemäß welcher lediglich die Entführte selbst als die Verletzte erscheint, wird die Frage mit der GM. zu verneinen sein. Vgl. übrigens § 238 N. 5a.

10) Die Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus von 1—10 J. (§ 14_2), neben welchem nach § 32 VbdEN. erkannt werden kann. Der Versuch (N. 7) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen.

Die Strafe des Verg. ist Gefängniß von 1 T.—5 J. (§ 16).

11) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 beim Verbr. in zehn, nach § 67_2 beim Verg. in fünf Jahren. Auch die Entführung ist ihrer Natur nach ein Dauerdelikt (Ortmann GS. 26 78 N. *); die Verjährung beginnt daher (§ 67 N. 14a) erst mit dem Auf-

hören der Vergewaltigung seitens des Entführers (N. 1 3); so: Geyer HH. 3 618, Hälschner 2 244, Oppenh. N. 8, v. Schwarze N. 6. Vgl. übrigens § 238 N. 5 b.

12) Zuständig ist: wegen des Verbr. (Satz 1) **SchwG.**; GVG. §§ 80, 73²⁻⁷, 136¹; wegen des Verg. (Satz 2) **Strafk.**; GVG. §§ 73¹, 27.

§. 237.

Wer eine minderjährige, unverehelichte Frauensperson mit ihrem Willen, jedoch ohne Einwilligung ihrer Eltern oder ihres Vormundes, entführt, um sie zur Unzucht oder zur Ehe zu bringen, wird mit Gefängniß bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

PrStGB. § 208. Entw. I § 209, II § 232. StB. S. 670.

1) Nach dem in N. 1 zum § 236 entwickelten Begriffe der „Entführung" kann eine solche zwar angenommen werden, wenn die Minderjährige freiwillig (s. u. N. 4a) ihr elterliches Haus verlassen hat und mit dem Thäter zusammen getroffen ist, sofern festgestellt wird, daß durch die demnächstige Thätigkeit des letzteren eine Entziehung aus der elterlichen Gewalt bewirkt worden ist (**RG.** I 8. Mai 82 E. **6** 292, Berlin 22. Juni 77 G. **25** 456), dagegen ist eine Entführung nicht anzunehmen, wenn der Thäter mit der Minderjährigen an demselben Orte bleibend die Eltern derselben durch Täuschung oder andere Mittel zur Abreise veranlaßt, um auf diese Weise die Ehe oder die Unzucht mit der Tochter zu erreichen; so: Geyer HH. **3** 615, **4** 402, Schütze S. 417 N. 8, v. Schwarze § 236 N. 4; aM. v. Buri GS. **27** 527.

Die Entführung einer Minderjährigen ist, wie auch der Kinderraub (§ 235 N. 1 2), trotzdem eine Fortschaffung an einen anderen Ort erforderlich wird (§ 236 N. 1 3), dennoch selbst dann möglich, wenn eine thatsächliche Lösung der Gewalt der Eltern 2c. bereits stattgefunden hatte; auch hier handelt es sich um den Bruch des Erziehungs- bzw. Aufsichtsrechtes; aM. v. Liszt S. 381.

2) Wegen des Subjektes der Entführung vgl. § 236 N. 2.

3) Objekt der aus § 237 strafb. Entführung ist nicht, wie im Falle des § 236 (das. N. 3), eine jede, sondern nur eine „minderjährige, unverehelichte Frauensperson". Unter dieser Voraussetzung kann es auch die eigene Braut sein; v. Wächter S. 374.

a) Wegen „minderjährig" vgl. § 65 N. 4.

b) „Unverehelicht" ist nicht gleichbedeutend mit dem im § 171 (das. N. 3) gebrauchten „unverheirathet"; denn während derjenige „unverheirathet" ist, welcher nicht verheirathet ist, also nicht in einer Ehe lebt, gleichgültig ob er noch niemals eine Ehe eingegangen oder ob solche gelöst war, bezeichnet „unverehelicht" denjenigen, der einer Verehelichung noch nicht theilhaftig geworden ist; hiernach kann eine „Wittwe" oder „Geschiedene" nicht Objekt der Entführung sein; so: Rubo N. 4, Rüd.-St. N. 8; aM.: Villnow G. **24** 120, Blum N. 3, F. Meyer N. 2, Oppenh. N. 2, Puchelt N. 3, v. Schwarze N. 1 a. Dabei wird eine „nichtige" Ehe ebenso wie im Falle des § 171 in Betracht kommen, so daß an einer Minderjährigen, welche in einer nichtigen Ehe lebt oder gelebt hat, sowenig eine aus § 236 strafb. Entführung begangen werden kann (Rüd.-St. aO.) wie an einer in rechtsgültiger Ehe lebenden Minderjährigen; freilich kann ev. wegen konkurrirenden Ehebruchs zwar in diesem Falle (Geyer HH. **3** 617 N. 3, Schütze S. 417 N. 10), nicht aber in jenem (§ 172 N. 2) Bestrafung eintreten.

4) „Mit Willen der Minderjährigen, jedoch ohne Einwilligung ihrer Eltern oder ihres Vormundes" hat die Entführung zu geschehen.

a) Trotz ihrer Einwilligung muß die Minderjährige, wenn überhaupt noch eine Entführung soll angenommen werden können, immer Objekt der Hdlg. bleiben; die Entführte wird „von ihren Führern weggeführt", darf aber nicht ihrerseits der betreibende Theil sein; v. Buri GS. **27** 527, Villnow G. **24** 118. Deshalb liegt weder ein Fall der nothwendigen Theiln. (Th. I Abschn. 3 N. 11) vor (so mit Recht Schütze Nothw. Theiln. S. 367 u. v. Kries ZfStRW. **7** 555), noch kann die Entführte, sollte sie auch selbst, was durchaus möglich (**RG.** I 8. Mai 82 E. **6** 292), bei der Ortsveränderung aktiv mitthätig sein, der strafb. freiwilligen

Theiln. sich schuldig machen, was auch deshalb ausgeschlossen erscheint, weil die Strafvorschrift zum Schutze der Minderjährigen gegeben ist (v. Liszt S. 382; vgl. o. Th. I Abschn. 3 N. 9b); so die GM.

b) Schon bei fehlender Einwilligung der „Eltern oder des Vormundes" (vgl. deshalb § 235 N. 2₂) liegt der Thatbestand der aus § 237 strafb. Entführung vor und wird nicht erfordert, daß letztere „wider Willen" der Eltern ꝛc. geschah (§ 236 N. 4₂); Villnow G. **21** 120, Knitschky GS. **44** 266. Die „Einwilligung" der Eltern ꝛc. ist zu verstehen als Einwilligung in die Entfernung ihrer Tochter zum Zwecke der Unzucht o. d. Ehe; demnach schließt die Einwilligung in die Entfernung, unter Ausschluß jener Zwecke, keineswegs die Möglichkeit einer Entführung aus; Hälschner 2 244, Rüd.-St. N. 9. Liegt aber die Einwilligung der Eltern in dem gedachten S. vor, so kann § 237 nicht Anwendung finden, gleichgültig auf welche Weise — ob etwa durch List ꝛc. — jene herbeigeführt wurde; so: Geyer HH. **3** 617, Schütze S. 417 N. 10, Oppenh. N. 5, v. Schwarze N. 2; aM. Blum N. 6. Andere Personen, welche, wie z. B. die Mitglieder eines Familienraths, auf Grund familienrechtl. Befugnisse das Recht haben, zu der Verehelichung der Entführten ihre Zustimmung zu ertheilen, werden den „Eltern" bzw. dem „Vormunde" nicht gleichgestellt werden dürfen; so v. Schwarze N. 2 A. 2; aM.: Geyer aO., Blum N. 4, Oppenh. N. 4, Rüd.-St. N. 7.

c) Die Frage, ob die Entführung aus § 237 gegen die Minderjährige oder gegen deren Erziehungsberechtigte oder endlich gegen beide sich richte, ist entsprechend den Ausführungen in N. 2 zum § 235 zu beantworten. Wenn auch der Schutz der Minderjährigen selbst mittelbar bezweckt wird, so richtet der Angriff sich doch wesentlich gegen das Erziehungs- und Aufsichtsrecht der Eltern ꝛc., weshalb auch hier die Einwilligung der Minderjährigen (§ 235 N. 3) das Delikt nicht ausschließt; so im Ganzen Schütze S. 418, während v. Liszt S. 382 „die persönl. Freiheit der Entführten in Bezug auf ihren geschlechtl. Verkehr" als das angegriffene Rechtsgut erachtet.

5) Wegen des bei der Entführung verfolgten Endzweckes vgl. § 236 N. 5; zur Aufstellung verschiedener Strafsanktionen hat derselbe hier aber nicht Veranlassung gegeben. Uebrigens schließt der Umstand, daß Mißhdlgen, welche die Minderjährige in ihrem elterlichen Hause erlitten, den Beweggrund für die Einwilligung und für die Handlungsweise des Entführers bildeten, keineswegs aus, daß durch letztere einer der bezeichneten Zwecke, insbs. derjenige der Eingehung der Ehe, verfolgt wurde; **RG.** I 8. Mai 82 E. **6** 292.

6) Theilnahme (Th. I Abschn. 3) findet, abgesehen von der Minderjährigen selbst (s. o. N. 4a), nach den allg. Grundsätzen statt; wegen eines Falles der Beihülfe (§ 49) vgl. **RG.** I 6. Mai 89 E. **19** 159 (angenommen bei „der Verschaffung eines auf einen anderen Namen lautenden Taufscheines für die Entführte in Verfolgung seit langem fortgesetzter Vorschubleistung für die bekannten Zwecke des Entführers").

7) Zur Stellung des nach Absatz 2 erforderlichen Strafantrages (§§ 61 ff.) sind die Eltern und der Vormund, soweit dieselben nach Maßgabe der Ausführungen in N. 4b bzw. § 235 N. 2₂ als Verletzte anzusehen sind, berechtigt; bezüglich der Ausübung der Antragsberechigg. seitens dieser letzteren gelten die Bemerkungen zum § 182 N. 4 entsprechend. Es ist aber nach der Ausführung in N. 4c ferner auch die Entführte selbst als antragsberechtigt zu erachten; so F. Meyer § 238 N. 2; aM.: Reber Antragsdel. S. 387, Geyer 2 29, v. Liszt S. 382 (inkonsequent!), v. Wächter S. 375, Oppenh. N. 8, Rüd.-St. N. 7, v. Schwarze N. 4. Vgl. übrigens § 238 N. 5a.

8) Die Strafe ist Gefängniß von 1 T.—5 J. (§ 16).

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67₂ in fünf Jahren; vgl. auch § 238 N. 5b.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. §§ 73¹, 27.

§. 238.

Hat der Entführer die Entführte geheirathet, so findet die Verfolgung nur statt, nachdem die Ehe für ungültig erklärt worden ist.

PrStGB. § 209. Entw. I § 210, II § 233. StB. S. 670 f., 1173.

1) Wie die Ausdrücke „Entführer" und „Entführte" darthun (§ 236 N. 1_1), ist § 238 auf die §§ 234, 235 nicht zu beziehen; Rubo N. 1, auch RG. II 27/30. Nov. 88 E. 18 273, mit der selbstverständlichen Ausführung, daß das auch für den Fall einer Idealkonk. (§ 236 N. 6) gelte. Dagegen findet seine Bestimmung, worüber ein Zweifel nicht obwaltet, sowohl auf § 236 als auch auf § 237 Anwendung.

2) Vorausgesetzt wird zunächst, daß „der Entführer die Entführte geheirathet hat", d. h. daß er mit ihr eine formell gültige Ehe eingegangen ist (§ 171 N. 4), gleichgültig ob er bei der Entführung selbst bereits den Zweck der Eheschließung mit der Entführten verfolgte oder nicht (vgl. § 236 N. 6_2); Rubo N. 2, 3. Hat nicht der Entführer selbst, sondern der Dritte, in dessen Interesse die Entführung begangen wurde (§ 236 N. 2), die Entführte geheirathet, so findet die Vorschrift des § 238 keine Anwendung, denn eine extensive Interpretation des Wortes „Entführer" wird durch die ratio legis keineswegs gefordert; so Oppenh. N. 1; aM.: Geyer HH. 3 618, Schütze S. 418 N. 11, v. Schwarze N. 3. Freilich darf der „Dritte" (der „Heirathende") nicht i. S. des Th. I Abschn. 3 Theilnehmer sein; ist das der Fall, so ist er auch „Entführer"; unter dieser Voraussetzung ist aber nicht nur seine Verfolgung vor der Ungültigkeitserklärung ausgeschlossen, sondern „die Verfolgung" überhaupt, also auch gegen den Thäter, der die Entführte seinerseits nicht geheirathet hat.

3) Ist die Ehe zwischen dem Entführer und der Entführten geschlossen worden, so darf eine Verfolgung nur stattfinden, „nachdem die Ehe für ungültig erklärt worden ist". Daß die Ungültigkeitserklärung wegen der Entführung erfolgt sei, verlangt das Gesetz nicht; so: Geyer HH. 4 402, Oppenh. N. 2, v. Schwarze N. 4 u. GS. 24 74; aM. Villnow G. 24 120. Die eine gültige Ehe voraussetzende Ehescheidung (vgl. §§ 170 N. 4, 171 N. 2) macht die Strafverfolgung zulässig; Villnow, Oppenh. aO., Rubo N. 4. Dagegen erscheint die Ansicht des Letzteren, daß die Entführung straflos bleibe, wenn die Ehe für nichtig erklärt worden, unzutreffend, weil die Nichtigkeitserklärung im Vergleiche mit einer Ungültigkeitserklärung ein majus enthält; so auch Oppenh.

Es handelt sich hiernach um eine außerhalb des Deliktsthatbestandes liegende, zweite Bedingung der „Verfolgung", nicht der Strafbarkeit, wie durch den Wortlaut des Gesetzes selbst hier völlig klar gestellt wird; vgl. § 170 N. 6a u. die dort Angeführten; aM. v. Liszt S. 383. Die Bedingung ist jedoch nicht schlechthin, sondern lediglich für den Fall des Eintritts einer weiteren, zum Thatbestande nicht gehörigen Folge der Entführung aufgestellt.

4) Das Antragserforderniß (§§ 236_2, 237_2) bleibt für den Fall des § 238 bestehen. Die dem § 233 des Entw. in der zweiten Berathung des RT. gegebene Fassung (vgl. Aktenst. Nr. 132 S. 482 „. . so findet die Verfolgang auf Antrag nur statt ꝛc. . ."), welche dieses ausdrücklich hervorhob, wurde in der dritten Berathung durch Streichung der Worte „auf Antrag" lediglich deshalb abgeändert, weil diese Worte bereits bei den §§ 236, 237 ständen, deren Wiederholung somit überflüssig sei; F. Meyer N. 2.

5) Der § 238 äußert seine Wirkung insbs. auch noch btr. der Berechnung:

a. der Antragsfrist; dieselbe beginnt, wie in den Fällen der §§ 170, 172, erst mit dem Tage der Kenntniß von der Rechtskraft des Civilurtheils (so F. Meyer N. 1; aM.: Oppenh. § 237 N. 9, Puchelt N. 4) und kann auch vor Beginn der Rügefrist nicht wirksam gestellt werden. Es liegt übrigens die Möglichkeit vor, daß die Heirath erst nach Beginn der Antragsfrist stattfindet; alsdann ruht die bereits begonnene Antragsfrist und deren Rest läuft nach der Ungültigkeitserklärung ab (§ 61 N. 50); aM. Rüd.-St. N. 11, die Frist sei auch in solchem Falle vom Tage der rechtskräftigen Ungültigkeitserklärung zu berechnen;

b. der Verjährungsfrist; die Verjährung ruht, da je nach Umständen der Beginn oder die Fortsetzung des Strafverfahrens von der Entscheidung über die Ungültigkeit der Ehe abhängig ist (§ 69 N. 6IIc), so lange, bis eine rechtskräftige Ungültigkeitserklärung vorliegt; so: Geyer 1 200 u. HH. 4 402, v. Wächter S. 311, Oppenh. N. 5, v. Schwarze GS. 24 73; aM. Puchelt N. 5 u. Rubo N. 5, insofern nach diesen die Verjährung nur dann ruhen soll, wenn das Verfahren auf Ungültigkeitserklärung eingeleitet ist; vgl. § 172 N. 11.

§. 239.

Wer vorsätzlich und widerrechtlich einen Menschen einsperrt oder auf andere Weise des Gebrauches der persönlichen Freiheit beraubt, wird mit Gefängniß bestraft.

Wenn die Freiheitsentziehung über eine Woche gedauert hat, oder wenn eine schwere Körperverletzung des der Freiheit Beraubten durch die Freiheitsentziehung oder die ihm während derselben widerfahrene Behandlung verursacht worden ist, so ist auf Zuchthaus bis zu zehn Jahren zu erkennen. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter Einem Monat ein.

Ist der Tod des der Freiheit Beraubten durch die Freiheitsentziehung oder die ihm während derselben widerfahrene Behandlung verursacht worden, so ist auf Zuchthaus nicht unter drei Jahren zu erkennnen. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter drei Monaten ein.

PrStGB. § 210. Entw. I § 211, II § 234. StB. S. 671.

Vgl. § 341.

Zu § 239 Absatz 1. N. 1—8.

1) „Persönliche Freiheit", als Thatbestandsmerkmal der sog. Freiheitsberaubung oder Gefangenhaltung, ist im § 239 i. e. S. gebraucht als wie in der Ueberschrift des Abschnittes. Das Wesen des, abgesehen von der Strafandrohung, mit § 239₁ wörtlich übereinstimmenden § 210₁ des PrStGB. wurde darin gefunden, daß das Verg. gegen die freie Selbstbestimmung der Person rücksichtlich ihres Aufenthaltes sich richte, weshalb auch in den ersten Entwürfen geradezu die Bezeichnung „widerrechtliche Gefangenhaltung" gewählt worden war; vgl.: Goltd. Mat. 2 448, Hälschner System 2 182, Oppenh. PrStGB. § 210 N. 10. Zu der gleichen Auffassung führt der Wortlaut der Bestimmung des § 239 selbst; denn daraus, daß der „Einsperrung eines Menschen" jede „auf andere Weise erfolgende Beraubung des Gebrauches der persönlichen Freiheit" zur Seite gestellt wird, ist zu entnehmen, daß es im Falle des § 239 überhaupt nur um die Freiheit in der Wahl des Aufenthaltsortes sich handele; RG. I 18. Okt. 80 R. 2 346, III 26. Apr., II 28. Nov. 82, E. 6 231, 7 259, Bruck V. gg. d. Willensfrht. S. 62, Binding Normen 2 530, Geyer HH. 3 590, Merkel S. 312, H. Meyer S. 578, Oppenh. N. 2.

2) Objekt der strafb. Hdlg. kann folgeweise jeder Mensch sein, auch der, im juristischen S., nicht willensfähige (v. Buri GS. 27 528), wenn er nur „jenen Grad physischer Entwickelung hat, welcher irgendwelche willkürliche Bewegungen gestattet und welcher nur bei den allerschwersten Geisteskrankheiten und bei den allerkleinsten Kindern fehlt" (Geyer HH. 4 390), ja selbst derjenige, der sich selbst nicht zu bewegen vermag, sofern Andere ihn seinem Wunsche gemäß fortbewegen können; Merkel S. 312. Deshalb auch ein sinnlos Betrunkener (s. u. N. 6); Knitschky GS. 44 265.

3) Eine „Beraubung des Gebrauches der persönlichen Freiheit" in dem N. 1 erläuterten S. ist im allg. Verhinderung (§ 46 N. 11 b), d. h. gänzliche, wenn auch vorübergehende, Unmöglichmachung der Bethätigung des auf Freiheit der Bewegung gerichteten Willens eines Anderen; so: RG. III 26. Apr. 82 E. 6 231, Bruck V. gg. d. Willensfrht. S. 62, Herbst G. 26 47, Binding Normen 2 530, v. Liszt S. 372, Oppenh. N. 2, v. Schwarze S. 656; aM. Geyer 2 27, eine „absolute Unfreiheit" finde sich nicht einmal bei den Strafgefangenen (allerdings, sofern nicht Gesetz, Reglement und Verwaltungspraxis Freiheit gewähren!). Mit Recht hebt Merkel S. 312 hervor, daß Hdlgen, welche direkt die Freiheit des Willens selbst, nicht die Bethätigung in der hervorgehobenen Richtung ausschließen, wie z. B. die Herbeiführung einer die Freiheit der Willensbestimmung ausschließenden Betrunkenheit, nicht unter § 239 fallen.

Eine Verhinderung der gedachten Art liegt zunächst vor bei Anweisung eines be-

stimmten Aufenthaltsortes, die auch durch ein Zurückhalten in einem Raume geschehen kann; Berlin 11. Dez. 72 G. 20 544. Sie kann aber ferner in der Durchführung einer Aufenthaltsortsveränderung liegen, wie z. B. in der Mitführung behufs widerrechtlicher vorläufiger Festnahme; so die GM., insbs. RG. III 7. Juli, I 18. Okt. 80, E. 2 292, R. 2 346; aM. Villnow G. 24 110. Dagegen ist als eine Freiheitsberaubung die bloße Hinderung in der freien Bewegung, deren bloße Erschwerung, nicht anzusehen; so das cit. RG. 26. Apr. 82 (btr. die Wegnahme der Kleider eines Badenden; vgl. jedoch u. N. 6_3). Deshalb liegt jene auch nicht in der Verhinderung, in einer bestimmten Richtung sich zu bewegen, bzw. in dem Ausschlusse von einem Orte; Merkel S. 312, H. Meyer S. 578; folgeweise geht F. Meyer N. 4 zu weit, wenn er in der Verhinderung eines auf dem Wasser Befindlichen an der Landung stets eine Freiheitsberaubung sieht.

4) Hinsichtlich der Mittel der Freiheitsberaubung spricht das Gesetz sich nicht aus; man hat deshalb die Frage, ob der Gebrauch der Freiheit verhindert worden sei, als eine „blos thatsächliche" (RG. III 7. Juli 80 E. 2 292) bzw. die Mittel an sich gleichgültig erachtet, wenn nur das Verhalten des der Freiheit Beraubten durch dieselben herbeigeführt worden sei und nicht als dessen freies Thun erscheine; v. Liszt S. 373. Allein diese Auffassung würde nicht gerechtfertigt sein, wenn die Freiheitsberaubung, wie namentl. Binding Normen 2 530, Herbst G. 26 47 u. v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 206 behaupten, nichts anderes als ein hervorgehobener Fall der Nöthigung wäre, denn die einzigen Mittel der letzteren sind Gewalt und Drohung; vgl. § 240 N. 2.

In Frage wird insbs. kommen, ob List als Mittel der Freiheitsberaubung gedacht werden könne; diese Frage wird von Bruck V. gg. d. Willensfrht. S. 63 u. Geyer 2 27 (vgl. auch HH. 3 591, 617 N. 2, 4 389) bejaht. Daß auch durch Betäubung eine Freiheitsberaubung ausgeführt werden könne, wird nicht bezweifelt; vgl. z. B. Herbst G. 26 49, der dieses gerade mit Berufung auf Binding Normen 2 526 N. 755 behauptet, sowie v. Lilienthal ZfStRW. 7 372; vgl. auch das. 2 92 btr. der Beraubung des Gebrauchs der persönl. Freiheit durch Hypnotisiren. Man differirt wesentlich nur in der Auffassung der „Betäubung" als „List" oder als „Gewalt" (vgl. jedoch v. Liszt S. 368); ist die oben § 234 N. 5a vertretene Ansicht richtig, daß Betäubung keine Gewalt, sondern List sei, so ist damit zugleich erwiesen, daß die Freiheitsberaubung nicht eine bloße Art der Nöthigung ist (so auch v. Schwarze S. 656; aM. Hälschner 2 134, weil er List als geeignetes Nöthigungsmittel auffaßt), da außer den bei letzterer allein in Betracht kommenden Mitteln der Gewalt und der Drohung auch ein anderes Mittel zuläßig ist. AM., außer Binding, Herbst u. v. Buri (s. o.), auch Rubo N. 5, insofern dieser gleichfalls bei der Freiheitsberaubung die Anwendung von „Zwangsmitteln" verlangt.

5) Die Ausführung der Freiheitsberaubung kann nicht blos direkt, sondern auch indirekt in der Weise geschehen, daß der Thäter eines Dritten, der seinerseits die Freiheitsberaubung ohne Dolus vornimmt, als Mittels sich bedient; es kann z. B. Freiheitsberaubung verübt werden durch Irreleitung eines Polizeibeamten oder durch Täuschung eines Irrenanstaltsdirektors; so die GM., insbs.: RG. II 19. März 86 E. 13 426 (vgl. jedoch u. N. 8b), Berlin 27. Jan. 71, 3. Nov. 77, O. 12 54, 18 690 (letzteres unter Verneinung der Anwendbarkeit der §§ 341, 48).

6) Vollendet ist die Freiheitsberaubung, sobald eine Verhinderung der Bewegungsfreiheit (eine „Freiheitsentziehung"; Abs. 2) eingetreten ist; ob der Eingesperrte der Freiheitsentziehung sich überhaupt bewußt geworden ist, erscheint gleichgültig; RG. II 28. Nov. 82 E. 7 259. Gelingt die Verhinderung nicht, tritt z. B. lediglich eine Erschwerung der freien Bewegung ein (N. 3_2), so liegt nur ein Versuch der Freiheitsberaubung vor, der, soweit es um das Verg. aus Abs. 1 sich handelt, als solcher nicht strafbar ist (§ 43_2); vgl. jedoch § 240 N. 15.

Wann eine wirkliche Verhinderung anzunehmen sei, unterliegt thatsächlicher Beurtheilung, bei welcher wesentlich auch auf die Persönlichkeiten gerücksichtigt werden muß; so RG. III 7. Juli 80 E. 2 292 (welches auf Grund der konkreten Umstände die in dem Befehle eines vermeintlichen Beamten, ihm zu folgen, liegende Drohung mit den aus dem Ungehorsam gegen einen solchen Befehl entspringenden Nachtheilen als genügend ansah).

ferner: v. Buri GS. 27 528, H. Meyer S. 579, Oppenh. N. 1. Zu beachten bleiben jedoch zwei rechtliche Gesichtspunkte. Einerseits braucht die Unmöglichkeit, aus dem Raume sich willkürlich zu entfernen, keine absolute, durch den Eingesperrten nicht zu überwindende zu sein; so RG. II 20. Apr. 83 E. 8 210 (es komme auch ein „Verstoß gegen die Sitte" in Betracht, der z. B. für eine Frau in einem Wege durchs Fenster liegen könne), IV 19. Feb. 86 R. 8 128 (die Möglichkt., einen Verschluß durch eine bei außergewöhnlicher Aufmerksamkeit auffindbare Manipulation des Hebens der Thür zu beseitigen, mache jenen nicht zu einem blos scheinbaren). Andererseits darf die Verhinderung nicht blos in dem Dafürhalten des angeblich Eingesperrten bestehen; RG. IV 10. Nov. 85 R. 7 657, 19. Feb. 86 (s. o.; im Falle der Möglichkeit der ordnungsmäßigen Oeffnung des Thürschlosses durch Heben des Hebels könne die irrige Voraussetzung, daß die Thür sich nicht öffnen lasse, den objektiven Thatbestand nicht ersetzen), Geyer 2 27, Oppenh. N. 1; aM. H. Meyer S. 579; vgl. aber auch Hälschner 2 134, das Wesentliche sei, daß der Betreffende wirklich wider seinen Willen in dem Raume verblieben sei. Bei irrthümlicher Annahme des Thäters, eine Freiheitsberaubung bewirkt zu haben, würde nur ein nicht strafb. Versuch (s. o. Abs. 1) vorliegen; cit. RG. 10. Nov. 85.

Die Dauer der Verhinderung ist für die Vollendung der That einflußlos; jede meßbare Dauer der Einsperrung genügt. So: RG. III 7. Juli 80, 18. Juni 81, E. 2 292, R. 3 416, II 28. Nov. 82 E. 7 259 (dieses allerdings mit der Erwägung, ob bei einem minimalen Zeitraum zwischen dem Einsperren und der Wiederaufhebung der dieselbe bewirkenden Maßregel i. c. der Zustand der Unfreiheit überhaupt eingetreten sei), Bruck V. gg. d. Willensfrht. S. 67, Binding Normen 2 530, Geyer 2 27, Hälschner 2 136, John HRl. „Gefangenhaltg.", Blum N. 4, Oppenh. N. 4, Puchelt N. 2. AM.: v. Buri aO. S. 537, Geyer HH. 3 591, v. Kirchmann N. 1, v. Schwarze N. 8, welche die Herbeiführung eines Zustandes der Unfreiheit von einiger Dauer verlangen.

7) „Einsperrung" ist eine mittels der Beschaffenheit des Ortes selbst durchgeführte Anweisung eines bestimmten Aufenthaltsortes (vgl.: RG. III 7. Juli 80, II 28. Nov. 82, E. 2 292, 7 259, Geyer HH. 4 399, Hälschner 2 134), also lediglich eine ihrer praktischen Bedeutung wegen an erster Stelle hervorgehobene Art der Freiheitsberaubung; Bruck V. gg. d. Willensfrht. S. 62. Ein „Einsperren" in einen „offenen Raum", welches v. Buri GS. 27 528 für möglich hält, erscheint als eine contradictio in adjecto; dagegen ist keineswegs erforderlich, daß der Raum, in welchen Jemand eingesperrt wird, ein „umschlossener" sei, wie häufig (so von Berlin 11. Dez. 72 G. 20 544 u. Schütze S. 414) verlangt wird. Zur Einsperrung kann nicht nur ein Ort dienen, der einen dem Eingesperrten unbekannten Ausgang enthielt, falls nur der Thäter auf diese Unkenntniß rechnete (Geyer 2 27 u. HH. 3 591 N. 2), sondern namentl. auch ein Raum, dessen Ausgang durch einen Menschen bewacht wird; so: Geyer 2 27, Blum N. 4, Oppenh. N. 1, Rubo N. 3, v. Schwarze N. 2, Villnow G. 24 121.

Wie die Freiheitsberaubung im allg. (N. 6_2), so unterliegt insbs. auch die Einsperrung der konkreten Beurtheilung im Einzelfalle; vgl. z. B.: RG. III 18. Juni 81 R. 3 416, Berlin 20. März 73, Dresden 9. Juli 75, St. 2 280, 5 345.

8) „Vorsätzlich und widerrechtlich" muß die Freiheitsberaubung nach den ausdrücklichen Worten des Gesetzes sein.

a) Der erstere Ausdruck dient zunächst zur Ausschließung der fahrlässigen Freiheitsberaubung. Im übrigen muß der Vorsatz, entsprechend dem objektiven Thatbestande (N. 3), auf die völlige Aufhebung der Bewegungsfreiheit gerichtet sein; RG. III 26. Apr. 82 E. 6 231. Allerdings genügt auch hier eventueller Dolus (§ 59 N. 6), also ein Handeln mit dem Bewußtsein von dem durch die Hdlg. herbeizuführenden Erfolge des Eintritts der Freiheitsberaubung; daß letztere das vom Handelnden erstrebte Ziel, der Endzweck seines Handelns sei, ist nicht erforderlich, der angestrebte Zweck vielmehr gleichgültig; RG. II 28. Nov. 82 E. 7 259, IV 27. Juni 84 R. 6 481; vgl. jedoch das cit. RG. 26. Apr. 82, welches den „Vorsatz" verneinte, weil festgestellt sei, daß Angekl. über den Zweck der momentanen Verhinderung des Erscheinens der nackten Personen auf dem Ufer und der Identifizirung

ihrer Persönlichkeit durch Retention der Kleider hinaus, nicht in dem Bewußtsein gehandelt habe, die badenden Personen an einem best. Orte zwangsweise festzuhalten.

b) Der letztere Ausdruck ist überflüssig, da selbstverständlich eine „rechtmäßige" Freiheitsentziehung nicht unter das Strafgesetz fallen kann; Binding Normen 1 117. Im § 211 des PrStGB. erhielt das Wort „widerrechtlich" eine nähere, negative Erläuterung, indem eine widerrechtliche Freiheitsberaubung ausdrücklich in den Fällen einer vorläufigen Festnahme, sowie der Fürsorge für einen Geisteskranken als „nicht vorhanden" erklärt wurde. Sachlich gilt jetzt ein Gleiches (vgl. § 341); insbs. hat aber RG. II 19. März, 25. Mai 86, E. 13 426, R. 8 390 auch angenommen, daß Polizei- u. Sicherheitsbeamte nach StPO. § 161, berechtigt seien, Zeugen einer strafb. Hdlg., falls sie die Auskunft über ihre Person verweigern, zwangsweise behufs ev. Vorführung vor den Richter (StPO. §§ 50, 69) zu sistiren (aM. Kronecker G. 34 409 ff.), und daraus gefolgert, daß, falls ein Verletzter, der Anspruch auf Ausübung der Zeugenpflicht habe, die Sistirung eines Zeugen durch einen Polizeibeamten herbeiführe, § 239 auch dann unanwendbar sei, wenn die Sistirung durch Täuschung des Beamten bzw. sogar in der subjektiven Meinung der Widerrechtlichkt. bewirkt wurde (aM. wegen des Mittels der Täuschung ORA., R. 8 204). Die Widerrechtlichkeit ist ferner durch erlaubte Selbsthülfe (vgl. RG. III 18. Juni 81 R. 3 416, II 28. Nov. 82 E. 7 259) bzw. Nothwehr (§ 53), häufig auch durch die Erziehungsrechte der Eltern, Vormünder und Lehrer (so die GM.), dagegen wohl niemals durch die Befugnisse des Dienstherrn ausgeschlossen; vgl. GS. 26 468 u. für das Gebiet der PrGesindeO. v. 8. Nov. 1810 RG. II 17. Nov. 91 G. 39 331. Auch durch die Einwilligung des Betreffenden kann die Widerrechtlichkeit ausgeschlossen sein, jedoch nur auf so lange, wie die jederzeit zurückziehbare Einwilligung dauert; so: Bruck V. gg. d. Willensfrht. S. 66, Ortmann G. 26 200, Binding 1 720, Geyer HH. 3 593, Merkel S. 312, H. Meyer S. 319, v. Schwarze N. 6; auch Hälschner 1 471, der jedoch mit Recht bemerkt, daß eine Freiheitsbeschränkung überhaupt nicht vorliege, wenn der Betreffende in die Vornahme einer die Beschränkung seiner Freiheit bezweckenden Hdlg. im Augenblicke ihrer Verübung einwillige, ohne in der freien Bestimmung der Dauer ihrer Wirksamkeit gehindert zu werden; dagegen bestreitet Rubo N. 7 unbedingt, daß das Recht zur Freiheitsberaubung durch die Einwilligung des zu Beraubenden erworben werden könne.

Soweit auf Grund der angedeuteten besonderen Verhältnisse an sich eine Befugniß zur Freiheitsberaubung zusteht, wird dieselbe dennoch durch Ueberschreitung der Befugniß eine widerrechtliche; so nahmen widerrechtliche Freiheitsberaubung an: RG. III 18. Juni 81 (s. o.) bei Ueberschreiten der erlaubten Selbsthülfe durch Ausdehnung der Einsperrung auf eine dritte unbetheiligte Person, um sie gegen denjenigen wirksam zu erhalten, gegen den sie gerechtfertigt war, I 13. Feb. 88 E. 17 127 bei Ueberschreitung des Rechts zur vorläuf. Festnahme durch Hinausgehen über den Zweck der Ermöglichung o. Sicherung der strafrechtl. Verfolgung, Berlin 25. Okt. 77 O. 18 669 bei Ueberschreiten des väterlichen Züchtigungsrechtes durch eine zusammen mit Schweinen erfolgte Einsperrung eines Kindes in einen Schweinestall; vgl. auch § 341.

Da die Widerrechtlichkeit ausdrücklich in den Thatbestand aufgenommen ist, so muß auch zweifellos das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit beim Thäter vorliegen (§ 59 N. 30_4); so die GM., insbs.: RG. IV 27. Juni 84 (s. o. a), I 11. Mai 85 E. 12 194, II 27. Sept. 87 R. 9 471, Berlin 18. Sept. 72 O. 13 459.

Zu § 239 Absatz 2 u. 3. N. 9—11.

9) Die Absätze 2 u. 3 enthalten zwei straferhöhende Umstände i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295, welche das Verg. der Freiheitsberaubung zu einem Verbr. erheben.

a) Zunächst die „über eine Woche" d. h., wie die GM. richtig annimmt, über sieben a momento ad momentum gerechnete Tage (§ 19 N. 2) dauernde Freiheitsentziehung.

b) Demnächst die „Verursachung" (Th. I Abschn. 4 N. 3) gewisser Folgen, und zwar nach Abs. 2 einer „schweren Körperverltzg." (§ 224), nach Abs. 3 des „Todes", entweder „durch die Freiheitsentziehung" selbst, oder „durch die dem der Freiheit Beraubten während der Freiheitsentziehung widerfahrene Behandlung."

Eine solche „Behandlung", von welcher das Gesetz nicht verlangt, daß sie vom Thäter

oder Theilnehmer selbst ausgegangen sei (so: Bruck V. gg. d. Willensfrht. S. 68, H. Meyer S. 580; aM.: v. Schwarze N. 10, Villnow G. 24 122), kann namentl. auch in der Einwirkung der schlechten Beschaffenheit des angewiesenen Aufenthaltsortes gefunden werden; Bruck, v. Schwarze aO., Oppenh. N. 16.

10) Darauf, ob die Dauer der Freiheitsentziehung über eine Woche oder eine der in den Abs. 2, 3 bezeichneten Folgen beabsichtigt gewesen, legt das Gesetz kein Gewicht; Binding Normen 2 532 N. 764, v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 207. Hinsichtlich der Folgen ist sogar geradezu, trotz des gebrauchten Ausdrucks „schwere Körperverletzung" (vgl. §§ 221 N. 11, 224 N. 1), anzunehmen, daß der Gesetzgeber dieselben nur als unbeabsichtigte gedacht habe, da für den Fall ihrer absichtlichen Herbeiführung die §§ 224 bzw. 211, 212 die zutreffenden Bestimmungen enthalten; aM. Villnow G. 24 122, es sei wohl nicht nöthig, daß die Körperverltzg. beabsichtigt sei; auch Rubo N. 14, der ev. Idealkonk. mit den §§ 211, 212 annimmt.

11) Ein Versuch des Verbr. ist nur insofern denkbar, als die Folgen durch die nicht zur wirklichen Freiheitsentziehung und somit nicht zur Vollendung des Verbr. (N. 6) führende Thätigkeit verursacht wurden (§ 43 N. 5_2); so: v. Liszt S. 373, v. Buri GS. 28 529; aM.: Oppenh. N. 18, Rubo N. 13, Bruck V. gg. d. Willensfrht. S. 67, Baumgarten Versuch S. 366. Darnach ist ein Versuch der ersten Alternative des Abs. 2 (Freiheitsentziehung über eine Woche) ausgeschlossen; hier jedoch gerade aM. Merkel S. 312 für den Fall, wenn die Hdlg. in erkennbarer Weise auf eine Freiheitsberaubung von solcher Dauer gerichtet gewesen sei; s. jedoch o. N. 10.

Verhältniß zu anderen §§.; Strafe; Verjährung, Zuständigkeit. N. 12—14.

12) Eine Freiheitsentziehung i. S. des § 239 tritt auf kürzere oder längere Zeit bei manchen eine Vergewaltigung der angegriffenen Person enthaltenden Delikten ein, so namentlich bei den Verbrechen aus §§ 176 [1], 177 sowie beim Raube u. der Erpressung (§§ 249 ff.); diese Gesetze sind spezieller gegenüber dem § 239, in welchem lediglich die Freiheitsberaubung als solche mit Strafe bedroht wird, bzw. die gegen diese gerichtete Strafandrohung ist den anderen Strafandrohungen subsidiär, weshalb von einer Idealkonk. derselben mit § 239 keine Rede ist (§ 73 N. 12b, 13b α). So: Bruck V. gg. d. Willensfrht. S. 64, Geyer HH. 3 591, Hälschner 2 135, Schütze S. 414, auch John HRl. „Gefangenhaltg.", jedoch mit dem unrichtigen Zusatze, daß § 239 Anwendung finde, falls die Strafe der Freiheitsentziehung die schwerere sei. AM.: Blum N. 3, v. Schwarze N. 5.

Spezialbestimmungen bezüglich der durch einen Beamten verübten Freiheitsberaubung enthalten die §§ 341, 345.

Wegen des Verhältnisses der Freiheitsberaubung zur Nöthigung aus § 240, insbs. wegen Bestrafung eines Versuchs der ersteren als versuchter Nöthigung vgl. o. N. 4, 6 sowie § 240 N. 14b, 15.

Idealkonkurrenz (§ 73) ist namentlich denkbar mit den Delikten aus:

§ 113; Bruck aO., Oppenh. N. 12;

§ 164; sie liegt vor, sobald der Thäter durch die falsche Aussage mittels des irregeleiteten Beamten (N. 5) den Beschuldigten seiner Freiheit beraubt (vgl. z. B. den der Entsch. Berlin 27. Jan. 71 O. 12 54 zu Grunde liegenden Fall); so: v. Buri GS. 27 528, Oppenh. N. 5; aM.: Bruck aO. S. 63, Geyer HH. 3 594, 4 400. Die Strafe ist bei Konkurrenz des § 239_1 aus § 164, bei Konkurrenz des § $239_{2,3}$ aus diesem zu bemessen;

§ 223 ff. (vorsätzl. Körperverltzg.), sobald die Freiheitsberaubung mittels Gewalt an der Person oder mittels einer eine Gesundheitsbeschädgg. verursachenden Betäubung verübt wird (o. N. 4_2); vgl. Herbst G. 26 40 ff., insbs. S. 49 hinsichtlich der Betäubung.

13) Die Strafe des Verg. (Abs. 1) ist Gefängniß von 1 T.—5 J. (§ 16).

Die ordentliche Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus, und zwar im Falle des Abs. 2 von 1—10, des Abs. 3 von 3—15 J. (§ 14_2). Für den Fall mild. Umst. (Th. I Abschn. 4 N. 13a ff.) beträgt die Hauptstrafe Gefängniß bis 5 J., und zwar nach Abs. 2 von 1 Mt., nach Abs. 3 von 3 Mt. ab. Als Nebenstrafe kann sowohl neben

Zuchth. als auch neben Gef. nach § 32 VdbGN. erkannt werden. Der Versuch (N. 11) wird nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 bestraft.

14) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 beim Verg. (Abs. 1) in fünf, nach § 67_1 beim Verbr. aus Abs. 2 in zehn, beim Verbr. aus Abs. 3 in funfzehn Jahren.

Da die Freiheitsberaubung ihrer Natur nach ein Dauerdelikt ist (so: Ortmann GS. 26 78 N. *, v. Liszt S. 373; aM. Binding 1 543, der dieselbe den Zustandsdelikten — § 73 N. 12 — zuzählt), so beginnt die Verjährung erst mit dem Aufhören der Freiheitsentziehung (§ 67 N. 14a); so die GM. Ohne Bedeutung für den Beginn der Verjährung ist aber der Eintritt der schweren Körperverletzung oder des Todes; § 67 N. 9.

Zuständig ist: wegen des Verg. (Abs. 1) Strafk.; GVG. §§ 73[1], 27;
wegen des Verbr. (Abs. 2, 3) SchwG.; GVG. §§ 80, 73[2-7], 136[1].

§. 240.

Wer einen Anderen widerrechtlich durch Gewalt oder durch Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nöthigt, wird mit Gefängniß bis zu Einem Jahre oder mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

PrStGB. § 212. Entw. I § 212, II § 235. StB. S. 671f.
Entw. d. StGN. Art. I § 240. Aktenst. 1875/76 Nr. 54. StB. 1875/76 S. 814f.

1) „Nöthigung" ist an sich die vorsätzliche Verursachung (Th. I Abschn. 3 N. 2) einer den Genöthigten zu einer bestimmten „Handlung, Duldung oder Unterlassung" (vgl. § 176 N. 6) veranlassenden Nothlage. Wann eine solche Nothlage anzunehmen, ist wesentlich thatsächlich zu beurtheilen; dieselbe ist nicht deshalb unbedingt zu verneinen, weil der Vergewaltigte bzw. Bedrohte (N. 2) dem Einflusse der gegen ihn angewendeten Mittel durch Widerstand, Flucht, staatliche Hülfe sich entziehen konnte (H. Meyer S. 577), keinesfalls aber kann eine stattgehabte Nöthigung dadurch rechtlich aufgehoben werden, daß der Genöthigte sich in der Lage befindet, die Wirkungen der Hdlg. demnächst zu repariren; RG. II 1. Dez. 82 E. 7 267.

Wird auf Grund der vorsätzlich verursachten Nothlage die btr. Hdlg. vorgenommen ꝛc., so tritt damit die Vollendung des Verg. ein (vgl. N. 15). War aber die Verursachung nicht bebsichtigt, weil der Thäter entweder nur im Scherz handelte oder leere Redensarten gebrauchte, mit denen er einen Einfluß auf einen Anderen gar nicht ausüben wollte (Wolfenbüttel 16. Jan. 74 St. 3 332), fehlte somit die Ernstlichkeit des Willens, zu nöthigen, so liegt eine Nöthigung nicht vor (vgl. im übrigen u. N. 9).

2) Als Mittel zur Herbeiführung einer Zwangslage des Genöthigten durch den Nöthiger können nur „Gewalt oder Drohungen" gedacht werden. Wird Jemand durch andere Mittel seitens eines Dritten zu einer Hdlg. oder Unterlssg. veranlaßt, so geschieht solches nicht in Folge einer Nothlage, sondern auf Grund einer freien Entschließung des Anderen. Es gilt dieses namentl. von der Anwendung der „List", insofern der Ueberlistete durch eine Täuschung zu einer Hdlg. ꝛc. veranlaßt, aber nicht genöthigt wird (so auch Hälschner GS. 35 10, daß durch List keine vis compulsiva geübt werden könne, sei selbstverständlich); die Betäubung aber ist eine Art der List und fällt nicht unter den Begriff der Gewalt (§ 234 N. 5a); demnach kann nach der positiven Gesetzgebung „List" als ein Mittel der Nöthigung überhaupt nicht angesehen werden, wenn auch zugegeben werden muß, daß das Wesen der Nöthigung (s. u. N. 3, 4) an sich die „Betäubung" als Mittel der Nöthigung nicht ausschließt. So im Resultate: Binding Normen 2 528, v. Liszt S. 370, Oppenh. N. 4, v. Schwarze N. 1, Wanjeck G. 27 196. AM.: Geyer HH. 4 389 u. H. Meyer S. 573 (beide bezüglich der Betäubung), Hälschner 2 122 u. GS. 35 10 (ein listiges Benehmen, durch welches Jemand in den Zustand des Duldenmüssens versetzt werde, sei als eine durch vis absoluta verübte Nöthigung zu betrachten), Rüd.-St. N. 5, Bruck V. gg. d. Willensfrht. S. 56, 63 (bezügl. der List ganz allgemein).

3) Bedarf es der Anwendung von Gewalt oder Drohungen, um eine bestimmte Hdlg. 2c. eines Anderen zu verursachen, so erhellt daraus, daß der freie Wille des letzteren in anderer Weise sich bethätigen wollte; statt der erzwungenen Hdlg. wollte er eine andere Hdlg. vornehmen oder eine Unterlassung eintreten lassen, statt der erzwungenen Unterlassung aber gerade diejenige Hdlg., sei es sofort oder demnächst, vornehmen, zu deren Unterlassung er genöthigt wurde. Es richtet sich also das Verg. der Nöthigung gegen die Freiheit der Willensbethätigung (nicht der Willensentschließung) eines Anderen. So: Herbst G. **26** 43, Binding Normen 2 525 f., Geyer HH. **3** 568, **4** 388 f., Hälschner 2 118, v. Liszt S. 369 f., Merkel S. 310. AM. RG. II 21. Okt. 79 E. **1** 5, IV 8. Nov. 89 G. **37** 365 (es schütze § 240 die Freiheit der Willensentschließung; s. jedoch u. N. 4), beiläufig auch II 21. Jan. 81 E. **3** 262 (vgl. jedoch andererseits das u. N. 9, cit. III 14. Jan. 86); ferner: Berlin 11. Dez. 73 St. **3** 337, (Meves) G. **35** 63 N. 9, endlich Knitschky GS. **44** 264, N. sei auch ohne Verletzung des Gebrauchs der Willensfreiheit denkbar. Besteht sonach die Nöthigung in einer Beeinträchtigung der Freiheit der Willensbethätigung, so ist doch die Willensfähigkeit des „Anderen" im juristischen S. nicht Voraussetzung einer Nöthigung (v. Buri GS. **27** 529 f., Herbst G. **26** 41); es ist deshalb ganz unbedenklich, daß das Verg. auch gegen eine Person unter 14 J. sich richten könne; RG. I 18. Dez. 84 E. **11** 387. Dagegen kann von einer vollendeten Nöthigung zu einer Unterlassung nicht die Rede sein, wenn der Andere in der entgegengesetzten Richtung gar nicht thätig werden wollte; so Wolfenbüttel 16. Jan. 74 St. **3** 332; aM.: cit. RG. 28. Nov. 89, v. Schwarze N. 11, der Zwang könne auch auf einen demnächst erst zu fassenden Entschluß sich beziehen.

4) Was speziell die „Gewalt" (§ 113 N. 23a) als Mittel der Nöthigung anbetrifft, so ist zunächst hinsichtlich ihrer Qualität streitig, ob auch vis absoluta in Betracht kommen könne. Die verneinende aus dem PrStGB. § 212, welches lediglich „Drohung" als Mittel kannte, herübergenommene Ansicht beruht auf der Auffassung, daß es bei der Nöthigung unbedingt um eine Einwirkung auf den „Willen" des Anderen, d. h. auf die Entschließung desselben, sich handele. Hierin besteht aber das Wesen der Nöthigung nicht, sondern vielmehr in einer Einwirkung auf die Freiheit der Willensbethätigung (N. 3), deshalb ist auch durch das Wesen der Nöthigung vis absoluta keineswegs ausgeschlossen. So: RG. I 17. Juli 80, II 6. Mai, 23. Sept. 81, E. **2** 184, **4** 123, 429, IV 29. Sept. 85 R. **7** 545, auch III 19. Juni 80 E. **2** 287 (obgleich dieses das Wesen der Nöthigung in der Einwirkung auf die Willensentschließung findet; s. o. N. 3), ferner: Binding Normen **2** 526, Geyer **2** 23, HRl. „Nöthigung" u. HH. **3** 575, **4** 391, Hälschner 2 120 u. GS. **35** 7, Merkel S. 311, H. Meyer S. 572, Schütze S. 409, v. Wächter S. 363, Rubo N. 8, Rüd.-St. N. 5, Villnow, Herbst, Wanjek, G. **25** 196, **26** 43, **27** 196, v. Buri, Knitschky, GS. **33** 415, **44** 264. AM.: Berlin 11. Dez. 73, 3. Juni 75, St. **3** 337, O. **16** 424, Meves N. 5, Oppenh. N. 1, John ZfStRW. **1** 244.

Weiter ist aber hinsichtlich der Qualität der Gewalt streitig, ob dieselbe nur von vis absoluta zu verstehen oder ob auch vis compulsiva ein Nöthigungsmittel sei. Im Sinne der ersteren Alternative entscheiden sich: Wolfenbüttel 19. Dez. 76 St. **7** 118, Hälschner, Schütze u. v. Wächter aO., und zwar wesentlich weil die vis compulsiva als Drohung (N. 6) sich darstelle; nach Hälschner **2** 121 soll es bei der Nöthigung sogar nur auf die „unwiderstehliche Gewalt", wie im § 52, ankommen. Diese Ansicht erscheint jedoch nicht richtig. Zunächst ist zu beachten, daß vis absoluta nur dann als Mittel denkbar ist, wenn es um Nöthigung zu einer „Duldung o. Unterlassung" sich handelt, da eine „Handlung" eines Anderen der Natur der Sache nach durch vis absoluta nicht herbeigeführt werden kann; so: Binding Normen 2 526, Merkel S. 311, H. Meyer S. 573, Rüd.-St. N. 5, v. Schwarze N. 4; der von Geyer HH. **4** 391 angeführte Fall der Nöthigung zum Verschlucken eines widerstrebenden Trankes ist in Wahrheit gleichfalls nur Nöthigung zu einer Duldung, deren Folge eine bloße Reflexbewegung des Genöthigten ist. Sonach würde dem Mittel der „Gewalt", in jener Bedeutung aufgefaßt, nur eine sehr beschränkte Anwendung zukommen, die durchaus nicht als im Sinne des Gesetzes liegend gedacht werden kann, da nichts entgegensteht, bei einer in einem Gewaltakte bestehenden Drohung das Vorliegen beider Mittel anzunehmen, sofern die Bedrohung als eine solche „mit einem V. o. V." erscheint, ein Erforderniß, welches

namentlich Hälschner zu übersehen scheint, wenn er unbeschränkt den Satz aufstellt, daß die vis compulsiva als Drohung i. S. des § 240 erscheine. Mit Recht erklärt RG. II 30. Okt. 85 E. 13 49 es für kein Kriterium der Gewalt i. S. des § 240, daß dieselbe „unwiderstehlich sei".

5a) Beim Mittel der „Gewalt" kommt ferner die Richtung in Frage, welche dieselbe nehmen dürfe, insbs. ob dieselbe auch gegen Sachen gerichtet sein könne. Außer Betracht bleibt hier freilich die gegen Sachen gerichtete Gewalt, insofern als in dieser zugleich eine Bedrohung mit künftigen ähnlichen Gewaltanwendungen liegt; denn insoweit ist nicht „Gewalt", sondern „Bedrohung" (s. u. N. 6) das Mittel der Nöthigung; vgl.: RG. III 5. Jan. 81, 14/15. Juni 83, 2. Dez. 86, E. 3 179, 9 58, 15 138, Binding Normen 2 526 N. 756.

b) Auch darüber herrscht kaum ein Zweifel, daß zur Erfüllung dieser Alternative des Thatbestandes nicht blos eine direkt an der Person, sondern auch eine unmittelbar an Sachen geübte, indirekt aber gegen die Person gerichtete Gewalt ausreichend sei; so insbs. auch die citt. RG. sowie II 30. Okt. 85, 9. Apr. 90, E. 13 49, 20 354. Eine derartige indirekt gegen die Person gerichtete Gewalt kann als Mittel dienen sowohl bei Nöthigung zu „einer Duldung o. Unterlassung" als auch bei Nöthigung zu einer „Handlung" (so, wenn der Vermiether den Miether durch Aushebung der Thüren und Fenster bzw. durch sonstige Unbrauchbarmachung der Wohnung zur Räumung der letzteren nöthigt; so: RG. II 1. Dez. 82 E. 7 269, III 18. März 86 R. 8 188, IV 28. Apr. 91 G. 39 215, Mannheim 5. Juni 75 BadA. 41 193). Insofern die Gewalt direkt nur gegen Sachen in Wirksamkeit tritt, ist die Anwesenheit des — indirekt — dadurch Betroffenen nicht unbedingt erforderlich, wie z. B. bei Aushebung der Thüren &c. in Abwesenheit des Miethers; cit. RG. 9. Apr. 90.

c) Dagegen kann eine ausschließlich gegen Sachen gerichtete Gewalt, ohne indirekte Beziehung gegen die Person, den Thatbestand der Nöthigung in der hier fraglichen Richtung nicht erfüllen; so H. Meyer S. 573 u. auch die Praxis des RG., insbs. IV 11. Feb. 87 G. 35 63 (auch II 1. Dez. 82 E. 7 269 entscheidet die Frage nicht im entgegengesetzten Sinne); allein der Grund für die Verneinung kann nicht sowohl mit dem cit. RG. 5. Jan. 81 in der Entstehungsgeschichte gefunden werden, wenn auch die Fassung des Entw. II § 235 („Wer gegen einen Anderen Gewalt anwendet &c.") i. V. mit den Motiven auf die Absicht hindeutet, die lediglich gegen Sachen gerichtete Gewalt auszuschließen, auch die demnächst vorgenommene Aenderung von dem Abg. Meyer (Thorn) Namens der Antragsteller Lasker u. Gen. unwidersprochen als eine bloße „Fassungsänderung" bezeichnet wurde, sondern lediglich darin, daß eine ausschließlich gegen Sachen gerichtete Gewalt auf die Willensbethätigung einer Person (also namentl. des Eigenthümers, dessen Sachen zerstört &c. werden) anders als durch die Furcht vor Wiederholung o. Fortsetzung der Gewaltanwendung, also insofern sie eine Bedrohung enthält (s. o. Abs. 1), denkbarer Weise zu wirken nicht geeignet ist; allerdings supponirt das cit. RG. 14/15. Juni 83, welches seinerseits gleichfalls die Möglichkeit einer Nöthigung mittels einer ausschließlich gegen Sachen gerichteten Gewalt verwirft, diese Möglichkeit, allein zu Unrecht. Reicht hiernach eine ausschließlich gegen Sachen gerichtete Gewalt zur Vollendung der Nöthigung nicht aus, so muß bei Abwesenheit der btr. Person zur Zeit der Ausführung der die Nöthigung bezweckenden Hdlg. vom Orte der Vornahme derselben erhellen, inwiefern dennoch durch die Hdlg. eine Einwirkung auf die Person stattfinden konnte; so das zu b cit. RG. 9. Apr. 90.

d) Ist übrigens in der direkt gegen Sachen angewendeten Gewalt bei indirekter Richtung gegen die Person des zu Nöthigenden das Nöthigungsmittel der Gewalt i. S. des § 240 zu finden, so auch unter derselben Voraussetzung in der gegen eine dritte Person gerichteten Gewalt; so die GM., insbs. RG. II 17. Jan. 88 E. 17 82.

e) Da es genügt, wenn die Gewalt an Sachen (a) oder an einem Dritten (d) unter Umständen vorgenommen wird, welche in der Gewalthdlg. eine indirekte Bedrohung mit persönlicher Gewalt erkennen lassen, somit entscheidend ist, ob durch jene Gewalt ein etwaiger Widerstand in gleicher Weise gebrochen o. verhindert werden wollte, wie wenn die Gewalt unmittelbar an der Person verübt werden würde, so ergiebt sich daraus, daß die Leistung wirklichen Widerstandes gegenüber der Gewalt nicht verlangt wird (was natürlich namentl. für den bloßen Nöthigungsversuch — N. 15 — gilt); RG. III 18. März 86 R. 8 188.

6) „Bedrohung" (§ 48 N. 11 a) ist nicht allgemein, sondern nur insofern sie „mit einem Verbrechen oder Vergehen" erfolgt, als Mittel der aus § 240 strafb. Nöthigung anerkannt. Das in Aussicht gestellte Uebel muß also i. S. des § 1₁.₂ ein — wenn auch nur auf Antrag zu verfolgendes — V. o. V. sein, so daß namentl. die Feststellung einer Bedrohung „mit einer strafb. Hdlg." (vgl. §§ 106 f.) in dieser Allgemeinheit nicht genügt, da alsdann die Drohung auch auf Verübung einer Uebertr. (§ 1₃) würde gegangen sein können. Uebrigens ist die Nöthigung durch „Bedrohung mit einem V. o. V." wohl zu unterscheiden von der Nöthigung „durch ein V. o. V."; RG. 7. Nov. 79 G. 27 457.

Daß das in Aussicht gestellte V. o. V. gerade vom Drohenden selbst verübt werden solle, ist nicht nöthig, weshalb die Drohung überhaupt nicht erkennen zu lassen braucht, von wem dasselbe ausgehen solle; Geyer HH. 3 576, Oppenh. N. 5, Rüd.-St. N. 4, v. Schwarze N. 8. Es reicht deshalb auch die Bedrohung mit der Anstiftung zu einem V. o. V., z. B. zur Beleidigung, aus, sofern nur der Fall der erfolglosen Anstiftung bei der Drohung ausgeschlossen ist.

Eine wörtliche Bezeichnung des fraglichen V. o. V. braucht nicht zu geschehen, namentl. genügt es, wenn ein solches durch eine konkludente Hdlg. in Aussicht gestellt wird; Geyer HRl. „Nöthigung" u. HH. 3 576 f., v. Liszt S. 367, Merkel S. 311, Meves N. 8, 9, Rüd.-St. N. 4, v. Schwarze N. 7, 9. Auch ist nicht erforderlich, daß erhelle, mit welchem V. o. V. gedroht werde, wenn nur soviel feststeht, daß in der That ein V. o. V. in Aussicht gestellt wird; aM.: F. Meyer N. 3, v. Schwarze N. 7. Deshalb braucht auch die Art des angedrohten V. o. V. aus der Schlußfeststellung nicht hervorzugehen.

7) Eine nicht selten vorkommende Nöthigung ist diejenige durch Bedrohung mit dem Verg. der Beleidigung; ob aber eine solche vorliege, ist häufig streitig geworden und namentl. in Fällen, in welchen der Gläubiger auf seinen Schuldner einzuwirken sucht. Angenommen ist eine solche Nöthigung von Berlin 3. Dez. 75 G. 23 392 in einem Falle der Androhung des öffentlichen Ausbietens einer behaupteten Forderung durch den Vorsitzenden eines Vereins zur Wahrung kaufmännischer Interessen. Droht dagegen der Vorsitzende einer sog. Schutzgenossenschaft (eines Auskunfts- o. Schuldeneinziehungsbureaus) lediglich mit der Veröffentlichung in den Schuldnerlisten, so liegt, bei geführtem, oder auch bei mißlungenem Wahrheitsbeweise, eine Beleidgg. doch nur unter besonderen Voraussetzungen vor (§§ 192 N. 2, 193 N. 6 letzt. Abs.); RG. II 30. Juni 82 E. 6 405; vgl. auch III 20. März 84 E. 10 361. Erhellen diese schon bei der Androhung der Veröffentlichung, so kann allerdings eine Bedrohung mit einem Verg. angenommen werden; vgl. RG. 7. Nov. 79 G. 27 457, I 19. Sept. 81 R. 3 500, welche beide im konkreten Falle die Beleidgg. verneinten, letzteres unter der Ausführung, daß die zur Nöthigung ausgeführte Bedrohung mit einer auf Grund des § 193 straflosen Beleidgg. unter § 240 nicht falle; so auch Geyer 2 24 u. H. Meyer S. 574; aM. Cordes G. 28 425, insofern er die Veröffentlichung in den Schuldnerlisten unbedingt für nicht strafbar erachtet. Droht ein einzelner Gläubiger mit der öffentlichen Bekanntmachung eines Schuldverhältnisses so wird selbige, falls letzteres nicht erweislich wahr ist, fast durchweg, anderenfalls aber wenigstens häufig eine Beleidgg. enthalten; erhellt solches bereits bei der Bedrohung, so muß Bestrafung wegen Nöthigung erfolgen; so: Meves N. 10, Rüd.-St. N. 8; aM. Dresden 6. Aug. 72 St. 2 100, Bestrafung sei ausgeschlossen, da im Voraus garnicht zu übersehen sei, ob eintretenden Falls in der Bekanntmachung eine strafbare Ehrenkränkung zu erblicken sein werde; ebenso v. Schwarze N. 6 a.

8) Wie die Gewalt auch direkt gegen einen Dritten gerichtet sein kann (N. 5 d), so nicht minder die Drohung, wenn nur dadurch ein Zwang durch Erregung von Furcht vor Ausführung des V. o. V. auf die Willensbethätigung (Willensentschließung i. S. der gegnerischen M.; s. o. N. 3) des zu Nöthigenden ausgeübt, somit indirekt die Bedrohung diesen treffen sollte; so die GM., insbs. RG. III 21. Mai 81 R. 3 317, II 17. Jan. 88 E. 17 82; vgl. auch III 26. Feb. 81 E. 3 426 (btr. § 253). Uebrigens kann die Drohung auch zunächst einem Dritten gegenüber vorgebracht sein, wenn nur der Nöthiger sie durch dessen Vermittelung zur Kenntniß des zu Nöthigenden bringen lassen wollte; Geyer HH. 3 577, Oppenh. N. 5.

9) Liegt nur die Ernstlichkeit des Willens, zu nöthigen, vor (N. 1 2), so ist es, wie die GM. mit Recht annimmt, gleichgültig, ob der Drohende auch beabsichtigte, die Drohung ev. auszuführen, ob letztere also in diesem S. eine ernstlich gemeinte war; es genügt, wenn der Drohende der Meinung war, daß der zu Nöthigende die Drohung für eine ernstlich gemeinte erachten, also ihre eventuelle Ausführung wenigstens für möglich halten könne; anderenfalls würde der Betreffende nur scheinbar die Verübung eines V. o. V. in Aussicht stellen, in Wahrheit aber einen Nöthigungswillen garnicht haben; dieses subjektive Moment muß deshalb für ausreichend erachtet werden, weil das Gesetz offenbar davon ausgeht, daß die Bedrohung mit einem V. o. V. an sich geeignet sei, auf die Willensbethätigung des damit Bedrohten einzuwirken. So RG. I 24. Feb. 81 E. 4 10, auch Merkel S. 311 (die Drohung müsse sich als eine ernst gemeinte geben). Weiter geht die GM., insbs. RG. III 24. Dez. 79 E. 2 286, indem sie fordert, daß die Drohung auf den Bedrohten wenigstens den Eindruck einer ernstlich gemeinten habe machen können, noch weiter aber Blum N. 2 u. Oppenh. N. 6, der Bedrohte habe die Drohung für eine „ernstliche" bzw. sogar für eine „ausführbare" ansehen müssen, bzw. Geyer HH. 3 577, die Androhung des V. o. V. müsse in concreto geeignet sein, die Freiheit der Willensbethätigung zu beeinträchtigen. Deshalb ist es auch gleichgültig, ob der Bedrohte aus dem Inhalte der Drohung entnimmt, daß die Verübung eines V. o. V. in Aussicht gestellt werde; so Meves § 241 N. 6; aM. Geyer aO.

Endlich kommt auch auf die objektive Ausführbarkeit der Drohung nichts an, wenn nur die Drohung geeignet war, auf den Willen des Bedrohten (N. 8) einzuwirken, indem er ihre Ausführung für möglich halten konnte; so RG. II 21. Jan. 81 E. 3 262 (btr. § 253); abweichend hat jedoch RG. III 14. Jan. 86 R. 8 55 (gleichfalls § 253 btr.) ausgeführt, daß der Begriff der Drohung objektiv die Ankündigung eines Uebels erfordere, dessen Verwirklichung irgendwie von der Macht o. dem Willen des Bedrohenden abhänge u. dessen Eintritt der Bedrohte derartig zu befürchten habe, daß dadurch seine freie Willensbethätigung (sic! s. o. N. 3) beeinflußt werde; zutreffend ist allerdings die weitere Ausführung, daß die bloße Darstellung einer objektiv, d. h. unabhängig von der Einwirkung des Darstellenden, zwingenden bzw. drohenden Sachlage keine „Drohung", daß aber die Entscheidung, ob der Thäter das Eine o. Andere gewollt habe, eine thatsächliche sei. Demgegenüber ist zu bemerken, daß, wenn nur die Drohung die Eingangs hervorgehobene objektive Eigenschaft hat, im übrigen lediglich die Absicht des Erklärenden ausreicht, die Hervorrufung des Uebels als in seiner Macht stehend darzustellen.

10) Die Beantwortung der Frage nach Zulässigkeit einer alternativen Feststellung hinsichtlich der Zwangsmittel hängt davon ab, ob durch die Anwendung der verschiedenen Mittel nur Modalitäten derselben strafb. Hdlg. begründet werden (§ 47 N. 29). Unbedenklich ist dieses anzunehmen, soweit es um Bedrohung mit einem „Verbrechen" oder um eine solche mit einem „Vergehen" sich handelt. Andererseits erscheinen aber auch die Mittel der „Gewalt" und der „Bedrohung mit einem V. o. V." i. S. des Gesetzes als gleichwerthige (RG. I 13. Jan. 81, 11. Mai 85, E. 3 222, 12 194), so daß auch insoweit nur bloße Modalitäten derselben strafb. Hdlg. in Frage stehen und deshalb eine alternative Feststellung hinsichtlich der Mittel der Nöthigung durchweg zulässig erscheint; das gilt entsprechend auch für die Mittel der „Drohung o. Gewalt" im § 234 (das. N. 7b).

11) Was die grammatikalische Beziehung des „widerrechtlich" betrifft, so kann nicht in Abrede gestellt werden, daß es seiner Stellung nach mit den Nöthigungsmitteln in Verbindung zu setzen ist, derartig daß eine andere Beziehung nur insofern zulässig erscheinen würde, als zwingende innere Gründe jener auf die Nöthigungsmittel entgegen ständen. Es wird nun von Kronecker GS. 32 60 u. ZfStRW. 3 638 sowie von John ZfStRW. 1 225 eingewendet, daß man zwar zwischen widerrechtl. und nichtwiderrechtl. Gewalt unterscheiden könne, dagegen nicht zwischen widerrechtl. und nichtwiderrechtl. Bedrohung mit einem V. o. V.; denn wie der Begriff der Widerrechtlichkeit durch den Begriff des V. o. V. bedingt werde, ebenso verhalte es sich mit der Bedrohung mit einem V. o. V.; eine solche Nöthigung sei stets an sich widerrechtlich. Aus dieser Auffassung heraus gelangt Kronecker (ebenso Geyer HH. 3 575) dazu, das Moment der Widerrechtlichkeit nur auf das eine

Mittel der Gewalt zu beziehen, während weitergehend John aO. S. 231 ff., 240 und ebenso Jena 25. März 74 St. 6 292 sowie Bruck V. gg. d. Willensfrht. S. 57 die Beziehung des „widerrechtlich“ auf das Mittel der Gewalt gleichfalls verwerfen, weil dasselbe mit dem Mittel der Bedrohung auf einer Linie stehe, und deshalb das „widerrechtlich“ lediglich mit den Nöthigungszwecken in Verbindung setzen; nach John soll es deshalb immer zunächst der Feststellung der „widerrechtlichen Nöthigung zu einer Hdlg. rc.“ bedürfen und soll erst demnächst die durch das Mittel bedingte Einschränkung vorgenommen werden können.

Die GM. nimmt dagegen an, daß das Deliktsmoment bei der Nöthigung in der Widerrechtlichkeit der zur Erreichung des Nöthigungszweckes angewendeten Zwangsmittel liege, derartig daß es für den Deliktsthatbestand gleichgültig ist, ob die erzwungene Hdlg. selbst erlaubt oder verboten, straflos oder strafbar, dem Genöthigten vortheilhaft oder nachtheilig war, ob der Nöthigende auf dieselbe einen civilrechtlichen Anspruch hatte oder nicht; so insbs., außer Berlin 14., 18. Nov. 74, München 31. Dez. 74, St. 3 338, 4 359, 360, die Praxis des RG. in zahlreichen Entscheidungen: II 21. Okt., III 24. Dez. 79, 5., 13. Jan. 81, 10. Mai 83, I 11. Mai 85, E. 1 5, 2 286, 3 179, 222, 8 302, 12 194, III 26. Juni 80, I 13. Nov. 82, III 18. Juni 85, R. 2 124, 4 806, 7 402. Dem nähert sich die Ansicht derjenigen, welche das Moment der Widerrechtlichkeit bald im Nöthigungszwecke, bald im Nöthigungsmittel begründet finden; so v. Schwarze N. 5, sachlich auch Merkel S. 311. Allein diese weichen von der GM. mehr im Ausdruck als in der Sache ab; denn zweifellos ist (vgl. z. B. cit. RG. 11. Mai 85), daß in der Regel bei der Nöthigung auch der Zweck ein rechtswidriger ist; daraus folgt aber auch in diesen Fällen die Rechtswidrigkeit des Nöthigungsmittels, und schließlich ist die Rechtswidrigkeit dieses letzteren das stets vorhandene Merkmal der strafb. Nöthigung. Die GM. stützt sich darauf, daß auch die „Bedrohung mit einem V. o. V.“ nicht nothwendig eine widerrechtliche sei, differirt freilich hier wieder in der Begründung. Man geht einerseits davon aus, daß nur die Bedrohung mit einer objektiv als V. o. V. sich darstellenden Hdlg. gemeint sei (vgl.: RG. III 22. Apr. 82 R. 4 379, v. Buri GS. 33 411). Allein man wird Kronecker ZfStRW. 3 653 u. Hälschner 2 124 zugeben müssen, daß nach der Fassung des § 240 selbst nur die konkrete Strafbarkeit der angedrohten Hdlg. als Strafbarkeitsmerkmal der Bedrohung für aufgestellt erachtet werden kann. Es erscheint aber richtig, wie, außer von Hälschner und auch von v. Buri aO. S. 415, von RG. I 11. Mai 85 E. 12 199 vertreten wird, daß aus der Strafbarkeit der Verwirklichung der Drohung noch keineswegs folgt, daß auch die unverwirklicht gebliebene Drohung strafbar sein müsse. Speziell gegen die Ansicht John's spricht übrigens noch der Thatbestand der Erpressung (§ 253), welche sich von der Nöthigung nur durch Hinzutritt des auf Erlangung eines widerrechtlichen Vermögensvortheiles gerichteten Zweckes unterscheidet; so auch RG. III 24. Dez. 79, 26. Juni 80, E. 2 286, R. 2 124.

12) Der Ausschluß der Widerrechtlichkeit einer Nöthigung durch Gewalt oder Bedrohung mit einem V. o. V. kann nur durch besondere Verhältnisse begründet sein, auf Grund deren die Zwangshdlg. als die Ausübung einer bestimmten Befugniß erscheint; München 31. Dez. 74 St. 4 360. Solche Befugnisse können namentl. durch Amts-, Berufs- und Aufsichtspflicht bzw. durch Erziehungs-, Züchtigungs- u. Hausgewalt begründet sein, allerdings häufig nur in der Weise, daß Nöthigung durch gewisse Arten der Gewalt o. durch gewisse Bedrohungen erlaubt ist, nicht aber durch die in concreto angewendete Gewalt o. Bedrohung, z. B. durch Waffengewalt o. Bedrohung mit einem Schießgewehr; RG. II 21. Okt. 79 E. 1 5.

Die Widerrechtlichkeit einer Nöthigung, und zwar auch einer solchen durch Bedrohung mit einem V. o. V., kann namentlich ausgeschlossen sein durch Nothwehr und, wenn auch nicht durch civilrechtl. nicht gestattete Selbsthülfe (RG. IV 15. März 89 E. 19 75 btr. PrALR., insbs. Dekl. v. 21. Juli 1846 zu § 395 I 21), so doch durch civilrechtlich gestattete; so: RG. I 13. Jan. 81 E. 3 222, III 22. Apr. 82 R. 4 379, II 3. Okt. 82 E. 7 63 (mit der Ausführung, daß freilich ein Rechtssatz, wonach die Straflosigkeit der eigenmächtigen Selbsthülfe auch die Straflosigkeit der Gewaltanwendung in sich schließe, nicht existire, daß vielmehr bezügl. der Strafbarkeit der zum Zwecke der Selbsthülfe angewendeten Mittel die Vorschriften der

einschlagenden Strafgesetze maßgebend seien, somit die Berechtigung zur Anwendung der Gewalt als eines Nöthigungsmittels nach Reichsrecht — StGB. § 53 — oder nach Landesrecht zu prüfen sei), IV 31. März 85 R. 7 216 (beim Ausschluß der Strafbarkeit der Nöthigung durch Nothwehr sei die Gewalt nur insofern strafbar, als sie über die berechtigte Vertheidigung hinausgegangen sei und als Körperverltzg. sich darstelle), III 18. Juni 85 R. 7 402, Hälschner 2 126, H. Meyer S. 574; aM.: Geyer 2 24 (vgl. auch HH. 4 391), Schütze S. 409 N. 4 hinsichtlich der Selbsthülfe, die in Form der Nöthigung als solche strafbar sei; so ersterer unter Berufung auf die Praxis des RG.; vgl. jedoch das cit. RG. 3. Okt. 82.

Daß die Nöthigung zur „Vornahme einer sittlichen Handlung" (so jedoch Zimmermann GS. 33 607) sowie die Nöthigung zur „Unterlassung einer unsittlichen Handlung" (so Bruck V. gg. d. Willensfrht. S. 57) als solche nicht straflos sei, bedarf keiner näheren Begründung; vgl. Hälschner 2 126. Mit mehr Recht ist die Straflosigkeit der Verhinderung einer rechtswidrigen (so von: Schütze S. 410, Rüd.-St. N. 5) oder gar einer strafbaren Hdlg. (so von: Meves N. 12, F. Meyer N. 5, John ZfStRW. 1 230, auch von Geyer HH. 3 578, 4 393 — s. jedoch unten — sowie innerhalb gewisser Grenzen von Hälschner 2 115 u. v. Schwarze N. 11) behauptet worden. Allein auch diese Ansichten erscheinen nicht haltbar, vielmehr verleihen nur die bereits berührten Verhältnisse, namentl. vorliegende Nothwehr, das Recht, einen Anderen zur Unterlassung von Hdlgen zu nöthigen; so: Binding 1 737 (die Verbrechenshinderung sei Sache des Staats u. könne nur im Nothwehrrecht begründet sein, wenn im Falle des gelungenen Verbr. ein Verletzter da wäre, der nicht mit dem Staat als Träger des Gesetzgeberwillens zusammenfalle), Geyer 2 24 (zu welchem Verhalten genöthigt werden solle, erscheine gleichgültig, doch könne, wenn zur Unterlassung strafb. Hdlgen genöthigt werde, Nothwehr vorliegen), Merkel S. 311 (der Charakter der geforderten Hdlg. sei begrifflich gleichgültig), H. Meyer S. 575 (der N. 23 hervorhebt, daß auch die gewaltsame Verhinderung eines Anderen am Selbstmorde strafb. Nöthigung sei), Oppenh. N. 3; auch Hälschner aO. erkennt an, daß selbst in jenen Fällen die Nöthigung durch Gewalt nur unter den Voraussetzungen der Nothwehr gestattet sei. Dagegen wird in derartigen Fällen häufiger das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit (N. 13_2) für ausgeschlossen zu erachten sein.

13) Der Dolus besteht im Wissen und Wollen des gesammten Deliktsthatbestandes; der Vorsatz muß demnach dahin gehen, einen Anderen durch Gewalt oder Bedrohung mit einer verbotenen Hdlg. widerrechtlich einerseits negativ hinsichtlich der Ausübung der Freiheit seiner Willensbethätigung zu hindern, andererseits positiv zu einer Hdlg., Duldung o. Unterlssg. zu zwingen (N. 1); vgl. Binding Normen 2 528, 564. Speziell im Falle der Nöthigung durch Bedrohung ist das Bewußtsein des Drohenden von der Möglichkeit einer Wirksamkeit seiner Kundgebung auf die Willensbethätigung des Bedrohten erforderlich; vgl. RG. III 14. Jan. 86 R. 8 55 (welches jedoch subjektiv das Bewußtsein von der Wirksamkeit, nicht nur von der Möglichkeit einer solchen erfordert). Wenn im übrigen nicht allgemein die Bedrohung mit einer verbotenen Handlung, sondern nur diejenige „mit einem V. o. V." bezeichnet wird, so ist, wie bei der willkürlichen Abgrenzung der Begriffe „V. o. V." im StGB. nicht zweifelhaft sein kann, dadurch lediglich ein Strafbarkeitsmerkmal aufgestellt und das Delikt der Nöthigung, sofern es durch Drohung mit Uebertr. oder mit anderen verbotenen Hdlgen als V. o. V. begangen wird, straflos gelassen. Wenn nun auch § 59 (das. N. 5) an sich die Kenntniß der Strafbarkeitsmerkmale gleichfalls verlangt, so muß doch die Regel hier insoweit eine Ausnahme erleiden, als es um die Subsumtion der angedrohten Hdlg. unter den Begriff eines V. o. V. sich handelt; der Gesetzgeber kann unmöglich die Strafe des Drohenden davon abhängig machen wollen, daß er die juristische Operation, welche dem Richter obliegt, seinerseits richtig löse; ein Irrthum des Thäters über die Eigenschaft der Hdlg. als V. o. V. ist daher unerheblich (vgl. auch § 241 N. 6); so im Resultate: Binding aO. S. 529, Hälschner 2 127, H. Meyer S. 576, v. Schwarze N. 12; aM. v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 206. Wird aber die Kenntniß des Strafbarkeitsmerkmales nicht erfordert, so ergiebt sich, daß der Drohende auch des Charakters der angedrohten Hdlg. als einer strafbaren sich nicht bewußt zu sein braucht, daß vielmehr das Bewußtsein von ihrem Verbotensein genügt.

Da die „Widerrechtlichkeit“ der Hdlg. (N. 11) ausdrücklich in den Thatbestand aufgenommen ist, so ist das „Bewußtsein der Widerrechtlichkeit“ nach § 59 (das. N. 30_4) zweifellos erforderlich, bedarf jedoch im nicht-schwurgerichtl. Verfahren nur im Zweifelsfalle einer ausdrücklichen Feststellung; RG. II 21. Okt. 79 E. 1 5. Ausgeschlossen wird das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit sein, wenn es „an der Ernstlichkeit des Handelns im allgemeinen fehlt“; RG. III 24. Dez. 79 E. 2 286. In konkreten Fällen ist das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit für ausgeschlossen erachtet: durch Irrthum über das thatsächliche Vorhandensein der die Rechtswidrigkeit der Gewalt ausschließenden Voraussetzungen bzw. durch den Glauben, die Hdlg., welche durch die Drohung verhindert werden sollte, bilde einen rechtswidrigen, den Drohenden zur Nothwehr veranlassenden Eingriff in seine Rechte; RG. III 22. Apr., 11. Okt. 82, R. 4 379, 743.

14) Btr. des Verhältnisses der Röthigung zu anderen strafb. Hdlgen ist hervorzuheben:

a) Diejenigen Thatbestände, welche eine „Röthigung“ entweder ausdrücklich (vgl. §§ 176[1], 177) oder der Sache nach (vgl. z. B. §§ 106 f., 167) oder ein „Unternehmen der Röthigung“ (§§ 105, 114, 122) erfordern, konsumiren (§ 73 N. 14) den Thatbestand der aus § 240 strafb. Röthigung selbst da, wo als Mittel derselben die Bedrohung in weiterem Umfange in Betracht kommt, da hierdurch der Deliktsbegriff nicht berührt wird (s. o. N. 13); Binding 1 365 N. 4. Demnach ist hier von Idealkonk. keine Rede; Hälschner 2 820 (btr. § 114), Merkel S. 310 ff., H. Meyer S. 577 (namentl. für Raub und Nothzucht); demgegenüber spricht Schütze S. 409 N. 1 von Idealkonk., selbst mit den §§ 176[1], 177, obgleich deren Thatbestand gegenüber demjenigen des § 240 mit Rücksicht sowohl auf den Röthigungszweck als auch auf die Röthigungsmittel der speziellere ist und dieselben somit jedenfalls den § 240 ausschließen (§ 73 N. 12).

Unbedenklich ist dagegen die Möglichkeit einer Idealkonk. mit § 176[3] anzunehmen; RG. I 18. Dez. 84 E. 11 387.

b) Zu den Fällen der ausdrücklichen Konsumtion der Röthigungsstrafe des § 240 rechnet Binding aO. u. Normen 2 531 ferner den § 239, und auch Hälschner 2 135 N. 1, H. Meyer S. 580 u. v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 267 nehmen hier bloße Gesetzeskonk. an; daß jedoch die Freiheitsberaubung nicht blos ein „hervorgehobener Fall der Röthigung“ sei, wurde bereits § 239 N. 4 gezeigt; demnach erscheint auch Idealkonk. möglich; so: Berlin 18. Sept. 72 O. 13 459, Meves N. 6, Oppenh. § 239 N. 3, Rüd.-St. § 239 N. 10; eine Mittelmeinung dahin, daß der blos auf das Unterlassen einer Ortsveränderung sich beziehende Zwang seine erschöpfende Würdigung im § 239 finde, daß dagegen mit der Freiheitsberaubung die vollendete oder versuchte Röthigung zu einer Hdlg. (bzw. wohl auch zu einer anderen Unterlassung) zusammentreffen könne, vertreten Geyer GS. 27 382 u. Habermaas Idealkonk. S. 66.

c) Mit der vorsätzl. Körperverlzg. aus §§ 223 ff. tritt Idealk. ein, sobald die als Mittel der Röthigung angewendete Gewalt (N. 4) als „Körperverletzung“ sich qualifizirt; vgl. Herbst G. 26 40 ff., Habermaas Idealkonk. S. 53. Idealkonk. ist aber auch in der Weise denkbar, daß der Thäter einen Anderen nöthigt, eine Körperverlzg. zu dulden; so Dresden 25. März 72 SächsGZ. 16 247 btr. Röthigung eines Anderen durch Drohung, das Abschneiden der Haare mittels eines Federmessers zu dulden, wobei Raub wegen fehlender Zueignungsabsicht ausgeschlossen war (vgl. § 223 N. 6b). Dagegen nimmt Binding 1 364 nicht Konkurrenz, sondern stillschweigende Konsumtion der Strafandrohung des § 240 durch die §§ 223 ff. an, weil die Gewalt ein so regelmäßiges Mittel der Verlzg. sei, daß der Gesetzgeber dasselbe bei der Strafandrohung der vorsätzl. Körperverlzg. mitberücksichtigt habe.

d) Mit dem Verg. aus GewerbeO. § 153 ist, worauf auch der Schlußsatz daselbst hindeutet, Idealk. möglich; RG. II 2. Nov. 88 R. 10 619.

15) Der Versuch (§ 43) der Röthigung, welcher, wie die GM., insbs. das o. N. 5e cit. RG. 18. März 86, mit Recht gegen Bruck V. gg. d. Willensfrht. S. 61 annimmt, auch bei Röthigung durch „Gewalt“ denkbar ist und mit der Anwendung von Gewalt o. Drohung als Mittel zur Herbeiführung der Hdlg. 2c. beginnt (N. 1_2), wird im Absatz 2 für strafbar erklärt, während solches im § 239 hinsichtlich des Verg. der Freiheitsberaubung

nicht geschehen ist. Binding Normen 2 532 nimmt an, daß versuchte Freiheitsberaubung allemal als versuchte Nöthigung bestraft werden könne, da Freiheitsberaubung nur eine hervorgehobene Art der Nöthigung sei (ebenso Merkel S. 312, wenn nicht die vers. Freiheitsberaubung aus § 239 — das. N. 11 — bestraft werden könne). Diese Voraussetzung ist jedoch nicht zutreffend (N. 14b); es kann deshalb nur zugegeben werden, daß eine „durch Gewalt oder Bedrohung mit einem V. o. V." versuchte Freiheitsberaubung als versuchte Nöthigung strafbar sei, weil eine durch jene Zwangsmittel verübte Freiheitsberaubung gleichzeitig den Thatbestand der Nöthigung erfüllt. Vgl. auch v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 207, die Straflosigkeit des V. der Einsperrung dürfe aus § 240 nicht ergänzt werden, sowie Hälschner 2 136, es sei unzulässig, den V. der Freiheitsberaubung als V. der Nöthigung zu strafen, weil das Gesetz die als Freiheitsberaubung sich darstellenden Fälle der Nöthigung vom § 240 ausdrücklich ausgeschlossen habe; ebenso H. Meyer S. 580 u. Baumgarten Versuch S. 367.

16) Die Strafe des vollendeten Verg. ist wahlweise Gefängniß von 1 T.—1 J. (§ 16) oder Geldstrafe von 3—600 M. (§ 27). Der Versuch (N. 15) ist nach § 44, insbs. Abs. 4, zu bestrafen.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67, in fünf Jahren.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 241.

Wer einen Anderen mit der Begehung eines Verbrechens bedroht, wird mit Gefängniß bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark bestraft.

PrStGB. § 213. Entw. I § 213, II § 236.

Entw. d. StGN. Art. I § 241. Aktenst. 1875/76 Nr. 54. StB. 1875/76 S. 815.

1) Die „Bedrohung" (§ 48 N. 11a) eines Anderen mit der Begehung eines Verbr. bildet den Thatbestand des § 241.

Die Bedrohung „mit der Begehung eines Verbr." soll nichts anderes bedeuten als im § 240 Bedrohung „mit einem Verbr."; die gleichmäßige Ausdrucksweise der §§ 235, 236 des Entw. II ist dadurch verändert worden, daß in dem später angenommenen, gleichzeitig andere Zwecke verfolgenden Antrage der Abgg. Lasker u. Gen. (vgl. § 240 N. 5c) den Worten „mit Begehung eines Verbr." die Worte „mit einem V. o. V." substituirt wurden; daß aber die hier in Rede stehende Veränderung der Ausdrucksweise ohne jede materielle Bedeutung sein sollte, erhellt daraus, daß der eventuelle Antrag gestellt war, hinter „Verbr." einzuschalten „oder Verg.". Es ist deshalb auch im Falle des § 241 nicht nöthig, daß der Drohende ein von ihm selbst zu verübendes Verbr. in Aussicht stelle (vgl. § 240 N. 6$_2$); so die GM., insbs. RG. III 30. Nov. 81 E. 5 214.

2) Ob mit einem „Verbrechen" gedroht worden, ist im allgemeinen auf Grund des § 1$_1$ zu beurtheilen, wie im Falle des § 240 (das. N. 6); allein während es dort in Folge der Nebeneinanderstellung von „V. o. V." sowie der Zulässigkeit einer alternativen Feststellung (das. N. 10) gleichgültig ist, ob in concreto mit einem Verbr. oder mit einem Verg. gedroht sei, muß bei der Bedrohung aus § 241 geradezu festgestellt werden, daß sie eine solche mit einem Verbrechen sei. Es ist streitig, ob die in Aussicht gestellte Hdlg. objektiv oder mit Rücksicht auf die Person des Thäters als „Verbrechen" sich darstellen müsse; letzteres erscheint schon von vornherein deshalb bedenklich, weil der Drohende keineswegs die eigene Begehung der That in Aussicht zu stellen braucht (N. 1$_2$); dazu kommt, daß die in der Person des Thäters liegenden subjektiven Momente, welche eine That zum Verbr. stempeln (wie z. B. die Rückfälligkeit), nicht nur für Dritte in der Regel verborgen bleiben, sondern die Gefährlichkeit der Bedrohung zu erhöhen kaum geeignet sind; endlich ist zu erwägen, daß man zwar den Thatbestand des PrStGB. § 213, welches nur die Bedrohung mit Verübung „von Brand o. Ueberschwemmung" bestrafte, erweitern wollte, dabei aber schwerlich beabsichtigte, an Stelle jener objektiven Momente einen völlig schwankenden Begriff

zu setzen; so: Hälschner 2 132, H. Meyer S. 769, Oppenh. N. 4, Rüd.-St. N. 3, v. Schwarze N. 1 A. 5, Bruck V. gg. d. Willensfrht. S. 49 N. 8; aM.: Geyer HH. 3 585, 4 395, Meves N. 2; eine Mittelmeinung vertritt Villnow G. 24 123, indem er Gewicht darauf legt, ob der Drohende dem Bedrohten von dem die Verbrechensstrafe begründenden Umstande Mittheilung gemacht.

3) Unbedenklich ist auch hier anzunehmen, daß ein „Verbrechen" vom Drohenden nicht nur durch Worte — mündlich o. schriftlich —, sondern auch durch konkludente Handlungen in Aussicht gestellt sein könne, indem das Gesetz nicht auf die Art und Weise, in welcher die Drohung zum Ausdruck gelangt, sondern auf den Charakter derselben Gewicht legt (§ 240 N. 63); RG. IV 18. Mai 86 R. 8 362, Berlin 5. Feb. 79 O. 20 73, H. Meyer S. 770, Meves N. 4, 6, Oppenh. N. 2, Rüd.-St. N. 1; vgl. auch RG. III 15. Nov. 79 R. 1 73. Es kann deshalb namentl. auch in einer ihrem Wortlaute nach völlig unausführbaren Drohung, z. B. den Anderen so zu schlagen, daß er seine Gliedmaßen einzeln nach Hause tragen müsse, unter Umständen eine Bedrohung mit einem Verbr. erblickt werden; Geyer HH. 3 583 N. 3, Zimmermann GS. 33 620. Eine ausdrückliche Feststellung der Art des angedrohten Verbr. ist weder nach § 241 noch nach StPO. § 2661 erforderlich, vielmehr genügt es, wenn nur die konkreten Thatsachen ergeben, daß überhaupt ein Verbr. angedroht worden sei; RG. III 22. Juni 81 E. 4 326.

4) Die „Bedrohung eines Anderen" erfordert nicht nur, daß das in Aussicht gestellte Uebel zur Kenntniß des Anderen komme (vgl. RG. III 15. Nov. 79 R. 1 73), sondern vielmehr, daß solches mit Willen des Drohenden geschehe, weil sonst die „Ankündigung" eines Uebels nicht vorliegt (§ 48 N. 11a); so die GM., insbs.: München 2. Jan. 74 BayerE. 4 1, Stuttgart 10/17. März 75 St. 5 77. Damit ist alsdann das Verg. zur Vollendung gekommen.

Die Eingangsworte „Wer einen Anderen zc. bedroht" bedingen übrigens, daß das in Aussicht gestellte Verbr. den „Anderen" selbst treffe; so die GM. Daß dagegen das Verbr. unmittelbar gegen den Bedrohten gerichtet sein müsse, so daß ein mittelbar herbeigeführter Schaden nicht genüge (wie z. B. bei der Bedrohung eines Anderen mit der Tödtung seines Kindes), erfordert das Gesetz nicht; so: v. Liszt S. 423, Rüd.-St. N. 2; aM.: H. Meyer S. 769, v. Kirchmann N. 1.

5) Der „Andere", d. h. eine individuell bestimmte Person (Oppenh. N. 1), welche keinesfalls willensfähig zu sein braucht, muß nur im allgemeinen befähigt sein, Bedrohungen als solche zu empfinden, da er anderenfalls ein ganz untaugliches Objekt des Verg. sein würde; so: H. Meyer S. 769 N. 5, Oppenh. N. 1, auch wohl Merkel S. 348 (das Delikt charakterisire sich sachlich dadurch, daß es geeignet sei, das Bewußtsein der Rechtssicherheit bei dem Bedrohten zu stören); aM.: RG. I 21. Sept. 82 R. 4 705, das nicht einmal „ein Verständniß auf Seiten des Bedrohten von der gegen ihn gerichteten Drohung" fordert, Rüd.-St. N. 2. Hat er die Drohung in concreto als solche nicht erkannt, so liegt nur ein strafloser Versuch der Bedrohung vor; vgl. dagegen v. Buri GS. 27 532 f., der übrigens einen Versuch nur insofern für denkbar erklärt, als die bereits erkennbare Drohung noch nicht zur Kenntniß des Bedrohten gelangt sei. Darauf, daß der Bedrohte erkenne, die in Aussicht gestellte That falle unter den Begriff eines Verbrechens, kann es unmöglich ankommen, da das Strafbare der Hdlg. darin liegt, daß objektiv mit einem solchen gedroht worden; so die GM.

Keinesfalls ist erforderlich, daß der Bedrohte durch die Bedrohung in seiner Sicherheit sich für gefährdet erachtete oder daß er in der Freiheit seiner Entschließungen sich einschüchtern ließ, daß er also in seinem Rechtsfrieden gestört wurde; so die GM., insbs.: RG. III 15. Nov. 79 R. 1 73, I 24. Feb. 81 E. 4 10, IV 1. Feb. 87 G. 35 56, Stuttgart 10/17. März 75 St. 5 77. Es ist deshalb auch, wie die GM., insbs. München 2. Jan. 74 BayerE. 4 1, ferner mit Recht annimmt, völlig gleichgültig, ob der Drohende seine Drohung in dem Sinne ernst meinte, daß er an eine Verwirklichung dachte. Die Bedrohung mit einem Verbr. genügt zur Erfüllung des Thatbestandes, indem der Gesetzgeber davon ausgeht, daß eine solche Drohung an sich regelmäßig geeignet sei, den Rechtsfrieden des Bedrohten zu stören; ob solches auch im Einzelfalle vorliege, ist gleichgültig, denn durch eine Gefährlichkeit der Drohung in concreto ist der Thatbestand nicht bedingt. So: RG. I 24. Feb. 81

(s. o.), 21. Sept. 82 R. 4 705 (es sei gleichgültig, wie der Bedrohte der Drohung gegenüber sich verhalte, ob er sie als ernstlich gemeinte betrachte u. sich vor derselben fürchte o. nicht), Berlin 15. Dez. 74 O. 15 869, Meves N. 8, Oppenh. N. 6 a, auch Binding Normen 2 532 u. v. Buri aO., welche die Bedrohung deshalb zutreffend als ein „Polizeidelikt" auffassen. Häufig (vgl. z. B. das cit. München u. H. Meyer S. 768) wird freilich die „Bedrohung" als ein gegen den „Rechtsfrieden des Einzelnen" gerichtetes Delikt bezeichnet u. deshalb verlangt, daß der Bedrohte glauben müsse, die Verwirklichung der Drohung liege in der Macht des Drohenden, bzw. die Drohung sei ernstlich — d. h. im Sinne der ev. bevorstehenden Ausführung — gemeint; so z. B. Bruck V. gg. d. Willensfrht. S. 51, Zimmermann GS. 33 619 bzw. Puchelt N. 1.

6) Der Dolus erfordert zunächst das Wissen und Wollen sämmtlicher Deliktsmerkmale; demgemäß muß der Drohende die Absicht haben, in dem Anderen die Befürchtung von einem zu erleidenden Uebel zu erregen, oder doch wenigstens sich bewußt sein, daß er durch seine Drohung eine derartige Befürchtung hervorrufen könne (vgl. § 240 N. 13_1); RG. I 21. Sept. 82 R. 4 705. In diesem Sinne muß der Vorsatz darauf gehen, die Drohung dem Bedrohten als ernstlich gemeint erscheinen zu lassen (Geyer 2 23 u. HH. 4 397), da sonst „die Ernstlichkeit des Willens, zu drohen", ausgeschlossen sein würde (vgl. § 240 N. 13_2); RG. III 15. Nov. 79 R. 1 73, Berlin 15. Dez. 74 O. 15 869. Daraus ergiebt sich auch, daß der Wille des Drohenden nach dem Begriffe der Drohung nothwendig darauf gerichtet sein muß, den Rechtsfrieden des Bedrohten zu stören; so: RG. I 24. Feb. 81 E. 4 10, Hälschner 2 132, Meves N. 8, v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 84; aM. H. Meyer S. 769. Jener Wille und jenes Bewußtsein wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Drohung nur für den Fall einer Bedingung ausgesprochen wird; deshalb steht der Umstand, daß die Zufügung eines Uebels als eine bedingte bezeichnet wird, der Anwendung des § 241 an sich nicht entgegen, da die Drohung selbst dann nicht als bedingte erscheint; ist die Bedingung eine solche, deren Eintritt nicht zu erwarten oder sogar unmöglich war, so kann allerdings die Ernstlichkeit des Willens, zu drohen, in Frage kommen, während ein solcher Zweifel nicht auftauchen wird, wenn das Uebel für den Fall einer als bevorstehend angenommenen bestimmten Hdlg. des „Anderen" angedroht wird; RG. IV. 18. Mai 86, 1. Feb. 87, R. 8 362, G. 35 56, I 23. Jan. 90 E. 20 180.

Zu den Deliktsmerkmalen gehört der Umstand, daß mit Begehung eines „Verbrechens" gedroht werde, nicht, vielmehr ist, nach der Ausführung in N. 5, jede Drohung verboten, welche „regelmäßig geeignet erscheint, den Bedrohten in der Freiheit seiner Entschließungen zu beeinträchtigen"; Binding Normen 2 533 f. Somit wird nur ein Strafbarkeitsmerkmal aufgestellt; ganz entsprechend der Ausführung in N. 13_1 zum § 240 muß aber auch hier die Regel des § 59 insoweit eine Ausnahme erleiden, als es um die Subsumtion der angedrohten Handlung unter den Begriff des „Verbrechens" sich handelt: so: v. Liszt S. 423, H. Meyer S. 769, Meves N. 6, Oppenh. N. 8, Rüd.-St. N. 3, v. Schwarze N. 5; aM. v. Buri aO. S. 207. Da somit die Kenntniß des Strafbarkeitsmerkmals nicht erfordert wird, so genügt das Bewußtsein von der oben hervorgehobenen, ein Deliktsmerkmal bildenden, Eigenschaft der angedrohten Hdlg.

Das ferner erforderliche Bewußtsein der Rechtswidrigkeit (§ 59 N. 30) wird häufig nicht vorliegen, wenn die Drohung im Scherze erfolgte, ohne daß sie dadurch unbedingt ausgeschlossen würde (vgl. § 185 N. 17); Binding Normen 2 535 N. 769.

7) Was das Verhältniß des § 241 zum § 126 betrifft, so ist nicht nur denkbar, daß das Verg. aus § 241 gleichfalls durch Bedrohung mit einem „gemeingefährlichen Verbrechen" verübt werde, denn durch ein solches, wie z. B. durch Brandstiftung, kann der „Andere" recht wohl persönlich getroffen werden (so: v. Kirchmann N. 1, Meves N. 3; aM. H. Meyer S. 770), sondern auch, daß durch eine solche Bedrohung eines Einzelnen der „öffentliche Friede gestört" werde, so daß Idealkonk. (§ 73) möglich ist.

8) Die Strafe ist wahlweise Gefängniß von 1 T.—6 Mt. (§ 16) oder Geldstrafe von 3—300 M. (§ 27).

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk. bzw. SchöffenG.; GVG. §§ 73[1], 75[14].

Neunzehnter Abschnitt.

Diebstahl und Unterschlagung.

1) Abweichend vom PrStGB. Th. II Tit. 18 behandelte der Entw. I den „Diebstahl" und die „Unterschlagung" getrennt in den Abschnitten 20 u. 21 und zwar, nach den Motiven, um „die deutschrechtliche Auffassung, nach welcher die Unterschlagung ein der Art nach von dem Diebstahl verschiedenes Vergehen ist, dadurch zum Ausdruck zu bringen." Dem stand jedoch entgegen, daß die PGO. zwar im Art. 170 beide Delikte von einander unterscheidet, dennoch aber die Unterschlagung unter „etlich artickel vom Diebstall" gestellt hat. Schon der Entw. II kehrte zu der hergebrachten, auch dem Volksbewußtsein entsprechenden Anordnung zurück und behandelte demgemäß im Abschn. 19 „Diebstahl und Unterschlagung". Dieser Auffassung hat auch das StGB. selbst sich angeschlossen, das demnach im Abschn. 19, in Verbindung mit § 370[5], die Materie jener beiden strafb. Hdlgen i. S. des EG. § 2 regelt; Binding I 321.

2) Auf der anderen Seite hat man davon Abstand genommen, etwa nach dem Vorbilde des code pénal art. 381[5] (Seront punis de la peine de mort, les individus coupables de vols commis avec la réunion des cinq circonstances suivantes — 1. . . . . 5. s'ils ont commis le crime avec violence ou menace de faire usage de leurs armes) den „Raub" lediglich als eine Qualifikation des Diebstahls aufzufassen. Das RStGB. sieht vielmehr, auch hier in Uebereinstimmung einerseits mit der PGO. Art. 126 („Straff der rauber") und dem PrStGB. Th. II Tit. 19, andererseits mit dem Deutschen Volksbewußtsein, in dem „Raube" ein vom Diebstahl wesentlich verschiedenes, selbständiges Delikt, welches dementsprechend auch in einem anderen Abschn. (Abschn. 20 „Raub und Erpressung") behandelt wird. Es ist diese Auffassung nicht ohne praktische Bedeutung für die prozessualische Behandlung; vgl. § 249 N. 2.

§. 242.

Wer eine fremde bewegliche Sache einem Anderen in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen, wird wegen Diebstahls mit Gefängniß bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

PrStGB. §§ 215—217 1—5. Entw. I §§ 215—217 1—5, II § 237. StB. S. 672—677.

Vgl. § 244 Abs. 1.

Diebstahl im allgemeinen. N. 1—37. — Definition N. 1.

1) Das RStGB. hat die im PrStGB. § 215 gegebene Definition des Diebst. beibehalten und insbs. in dieselbe eine Bestimmung, daß der Dieb die Absicht gehabt haben müsse, sich oder Anderen Gewinn zu verschaffen, nicht aufgenommen; vgl. deshalb u. N. 35.

Objekt des Diebstahls. N. 2—13.

2) Objekt des Diebst. ist eine „fremde bewegliche Sache", also eine „Sache" (N. 3), welche die natürliche Eigenschaft, daß sie „beweglich" (N. 4), und die juristische, daß sie für den Thäter eine „fremde" (N. 5—11) sei, haben muß.

3) Nur eine „Sache" d. h., dem überwiegenden Sprachgebrauche des StGB. entsprechend (vgl. § 137 N. 1), ein körperlicher Gegenstand kann Diebstahlsobjekt sein; RG. II 11. Febr. 81 E. 3 344.

Dadurch ist zunächst ausgeschlossen, daß der lebende Mensch Gegenstand des Deliktes sein könne, denn er ist „Person" und nicht „Sache"; es sind deshalb im Abschn. 18 besondere Bestimmungen getroffen, welche den Schutz des Menschen gegen Bemächtigung, Entziehung, Entführung 2c. sichern sollen; s. jedoch u. N. 6_2.

Andererseits können unkörperliche Sachen, wie namentl. Rechte, geistige Erzeugnisse, Maschinenkraft 2c., nicht Gegenstand des Diebst. i. S. des Abschn. 19 sein; furtum usus o. possessionis, litterarischer Diebst. 2c. fällt nicht unter die Strafbestimmungen dieses Abschnittes. Können aber auch Rechte, insbs. Forderungen, kein Gegenstand des Diebst. sein, so doch die darüber lautenden Urkunden, insbs. Schuldscheine u. Sparkassenbücher (wg. letzterer s. jedoch N. 29); RG. IV 19. Juni 85 E. 12 313.

Eine „Sache" als Diebstahlsobjekt kann eine feste, eine tropfbar flüssige oder eine gasförmige (RG. I 2. Okt. 84 E. 11 117 btr. Leuchtgas) sein, indem keiner der drei Aggregatzustände die Körperlichkeit ausschließt. Ist aber die Sache im natürlichen S. ein „körperlicher Gegenstand", so ist es völlig gleichgültig, falls etwa nach civilrechtlichen Bestimmungen ein solcher „körperlicher Gegenstand" dennoch nicht als „Sache" anzusehen sein sollte; vgl. Berlin 25. Juni 74 St. 4 164.

4) Die Sache muß „beweglich" sein, d. h., wie einstimmig angenommen wird, beweglich im natürlichen, nicht im civilrechtlichen S.

Nicht beweglich ist der „Grund und Boden" und das mit ihm in festem, natürlichem oder künstlichem, Zusammenhange Stehende.

Theile des Grund und Bodens können abgesondert und damit beweglich gemacht, folglich auch Gegenstand des Diebst. werden; so z. B. gewonnener Torf; RG. III 7. Juli 80 R. 2 166, II 27. Juni 90 E. 21 27. Andere am Grund und Boden vorgenommene Operationen, wie z. B. eine Grenzverrückung (§ 274[2]), sind nicht als Diebst. zu qualifiziren, weil dabei eine Mobilisirung von Grundstückstheilen nicht stattfindet.

Durch Aufhebung des natürlichen Zusammenhanges mit dem Boden werden Feld- und Gartenfrüchte sowie Holz „bewegliche" Sachen und somit an sich geeignete Gegenstände des Diebst. (vgl. jedoch N. 13).

Ebenso kann an Gebäudetheilen nach Aufhebung ihres künstlichen Zusammenhanges mit dem Gebäude bzw. dem Boden Diebst. begangen werden; vgl. RG. III 1. Okt. 81 E. 5 42 u. Berlin 20. Mai 73 St. 2 353.

5) Die bewegliche Sache muß ferner für den Thäter eine „fremde" sein, d. h. im

Eigenthum eines Anderen stehen; es genügt sonach nicht, wenn ein Anderer nur ein Recht auf Uebertragung des Eigenthums hatte. Es handelt sich hier sonach um eine juristische Frage, die lediglich nach dem am Orte der That geltenden Civilrecht beantwortet werden kann, da es an jeder Möglichkeit, dieselbe in anderer Weise zu lösen, fehlt; so die GM., insbs. RG. II 18. Dez. 83 R. 5 792, welches Diebst. verneinte, weil auf Grund der seitens eines minderjährigen Haussohnes in Pr. vorgenommenen Veräußerung ein Eigenthumsübergang nicht stattgefunden habe.

a) Die Landesgesetze entscheiden insbs. hinsichtlich des Eigenthums an den unter der Oberfläche eines Grundstückes liegenden Naturschätzen. Nach PrALR. (vgl. § 132 I 8) begreift das Eigenthumsrecht am Grundstück auch den unter der Oberfläche befindlichen inneren Raum in sich und gehören deshalb jene Naturschätze auch den Grundstückseigenthümern, soweit nicht durch positive gesetzliche Bestimmungen, insbs. das Bergbaurecht, Modifikationen geschaffen sind; RG. IV 25. Nov. 87 R. 9 656, das speziell noch betreffs des Bernsteins bemerkt, daß derselbe zu den nach § 1 des PrABergG. v. 24. Juni 1865 von dem Verfügungsrecht des Eigenthümers ausgeschlossenen Fossilien bzw. Mineralien nicht gehöre; anders jedoch nach WestprProvinzialr. sowie nach Art. IV des G. v. 22. Feb. 1867. Vgl. im übrigen u. N. 36c.

b) Was ferner die wilden Thiere anbetrifft, so wird allerdings durchweg das Eigenthum an denselben mittels Okkupation für den Okkupationsberechtigten erworben (gleichgültig, wer die Okkupation vornahm; § 292 N. 13), während sie vorher in Niemandes Eigenthum standen, an ihnen folglich kein Diebst. begangen werden konnte (wegen der Verletzungen fremden Okkupationsrechtes vgl. §§ 292 ff., 296, 296a, 370[4]). Im Einzelfalle kann es aber sehr streitig sein, ob bereits eine Okkupation stattgefunden hat oder nicht; vgl. z. B. einerseits RG. 24. Okt. 79 R. 1 14, das in einem Falle, in welchem der Jagdberechtigte animo possidendi Gift ausgelegt hatte und in Folge des Genusses desselben ein Fuchs in dem Jagdgebiet verendet war, Okkupation verneinte, andererseits Berlin 13. Okt. 75 St. 6 28, welches Eigenthumserwerb an einem Hasen, der sich in einer von dem Jagdberechtigten oder einem Unberechtigten gelegten Schlinge gefangen hatte, durch Okkupation für vollzogen erachtete; vgl. dagegen das in N. 7b zum § 292 cit. RG. 21/25. Apr. 92.

Die verschiedenen Landesrechte kommen aber namentl. in Betracht für die Frage des Eigenthums an lebenden Thieren. Das gilt insbs. auch bezüglich des Eigenthums an Tauben; vgl. RG. III 11. Juni 85 E. 12 308, im Gebiete des GR., in welchem Eigenthum an diesen denselben Grundsätzen unterliege wie hinsichtlich anderer Thiere (soweit nicht partikularrechtl. etwa im Zusammenhange mit den Vorschriften bezügl. der Berechtigung zum Taubenhalten abweichende Normen aufgestellt seien), könnten Tauben auf dem Felde, welche die Gewohnheit der Rückkehr hätten, Gegenstand des Diebst. sein; ferner RG. IV 12. Feb. 86, II 28. Feb. 90, E. 13 341, 20 271, Berlin 7. März 78 O. 19 118 btr. PrALR. I 9 §§ 111 ff. u. PrFPO. § 40. Durchweg aber läßt sich wieder mit der GM. behaupten, daß im Eigenthum stehen:

α. jagdbare Thiere (Wild), welche derartig eingehegt bzw. eingeschlossen sind, daß sie als im Besitze des Okkupationsberechtigten befindlich anzusehen sind; die Prüfung, ob eine Besitzergreifung stattgefunden habe und noch fortdauere, hat dabei auf Grund des maßgebenden Civilrechts nach den konkreten Umständen zu erfolgen; so insbs. RG. III 6. Dez. 79, 16. Apr. 83, R. 1 120, E. 8 273; die Ausdehnung des Geheges, das gemeinschaftliche Eigenthum mehrerer Berechtigter, das Wohnen Anderer als Forstbedienter innerhalb des Parkes, ferner — unter der Voraussetzung, daß durch die Einhegung des Parks dem Wilde unter gewöhnlichen Verhältnissen der Austritt verwehrt ist, — der Umstand, daß öffentliche Wege durch den Park führen und daß die Barrieren nicht immer vorgelegt sind, schließen das Eigenthum an sich nicht aus (Berlin 6. Nov. 73, 18. Dez. 74, 9. Feb., 10. Mai 75, St. 3 198, 4 369, 5 77, 81), während aber andererseits die verschiedenen Verhältnisse der Einhegung, die größere o. geringere Ausdehnung des umzäunten Raumes, eine abweichende Beurtheilung bedingen können; aM. einerseits Oppenh. N. 9, indem er die größere o. geringere Ausdehnung des Geheges für unwesentlich erklärt, andererseits Rotering GS. 35

363 u. G. **32** 353, der gerade die „Größe des Waldes“ für entscheidend erachtet, indem der Berechtigte das Wild „nach Belieben müsse ergreifen können“;

β. Fische in geschlossenen Privatgewässern, insbs. in Fischteichen oder in Reusen; **RG.** II 5. Feb. 84 **E. 10** 78 (btr. insbs. PrALR. I 9 §§ 176 ff. mit der Ausführung, daß ein Teich dadurch nicht aufhöre, ein geschlossenes Gewässer zu sein, daß unter außergewöhnlichen Umständen eine Unterbrechung der Abschließung eintreten könne, z. B. durch einen während der Regenzeit im Frühjahr sich öffnenden Abfluß), Berlin 17. Mai 73, 18. März 74, O. **14** 377, St. **3** 341; aM. v. Kirchmann N. zu § 296, der btr. der Fische in geschlossenen Privatgewässern eine ähnliche Ansicht vertritt wie Rotering btr. des Wildes in Gehegen.

6) Die in N. 5 bezeichnete juristische Eigenschaft bedingt zunächst, daß die Sache überhaupt im Eigenthum stehe. Diebstahlsobjekt können mithin die res extra commercium, einschließlich der res communes omnium, wie die Luft, das fließende Wasser ꝛc. nicht sein, Luft- und Wassertheile (Eis) dagegen, welche nach den Regeln des Civilrechts in das Privateigenthum Jemandes übergegangen sind, können auch Gegenstände des Diebst. werden; vgl. btr. Wasser in den Reservoirs u. Röhren einer Wasserleitung **RG.** II 11. Mai 86 **E. 14** 121 („selbst wenn eine Verarbeitung des natürlichen Wassers zu Trinkwasser nicht anzunehmen wäre“) u. Berlin 7. Feb. 78 St. **8** 179 („auch wenn Wasser aus derselben Leitung zu öffentl. Benutzung stehende Brunnen speise“), ferner btr. Gas in den Röhrenleitungen einer Gasanstalt Cassel 19. Jan. 89 G. **37** 64. Wegen der früher sog. res sacrae vgl. § 243 N. 3_4.

Theile eines lebenden Menschen, wie Haare und Zähne, werden durch Trennung vom Körper desselben „Sachen“ bzw. res in commercio, während sie in ihrer Verbindung mit dem lebenden Organismus nur „Theile der Person“ sind (N. 3_2); H. Meyer S. 620, Mittelstein G. **34** 176. Daß diese losgelösten Theile durch die Separation Eigenthum desjenigen werden, dessen Körper sie bis dahin angehörten, kann wohl nicht zweifelhaft sein; Mittelstein aO.; vgl. übrigens Binding **1** 220 N. 7.

7) Die Streitfrage, ob eine Leiche im Eigenthum Jemandes stehen und somit als „fremde“ Sache Gegenstand des Diebst. werden könne, ist bei der Redaktion des PrStGB. schließlich i. S. der Verneinung beantwortet worden (Goltd. Mat. **2** 270); daß bei der Redaktion des RStGB. von einer anderen Auffassung ausgegangen sei, ist aber nicht ersichtlich. Wenn nun auch die Ansicht, daß eine Leiche extra commercium sei, für die Regel dem geltenden Rechte entspricht, so ist doch andererseits nicht zu zweifeln, daß Leichen unter Umständen Gegenstand des Handels und Verkehrs werden, daß demnach an ihnen auch Eigenthumsrechte erworben werden können; es gilt dieses nicht nur von Mumien, Moorleichen und ähnlichen konservirten alten Leichen, sondern auch von den Leichen jüngst Verstorbener, sobald solche, meist mit Vorwissen der zuständigen Polizeibehörde, von dem Verfügungsberechtigten, z. B. an Anatomieen, Museen ꝛc., verkauft werden. So: Geyer **2** 92, Hälschner **2** 717, v. Liszt S. 439, H. Meyer S. 620, Schütze S. 348 N. 9, Oppenh. § 168 N. 3, Puchelt § 168 N. 1, Rüd.-St. § 168 N. 2, Meves GS. **27** 369, Crusen Rechtsgut d. Pietät S. 51. AM. Merkel HRl. „Diebst.“ u. HH. **3** 633, nach dem schlechthin Leichen in Niemandes Eigenthum stehen sollen, ebenso Cramer Leichnam S. 44, 59, 68, weil der Leichnam juristisch keine Sache sei, während Mittelstein G. **34** 180 annimmt, daß eine Leiche, die dauernd ihrer gewöhnlichen Zweckverwendung — der Beerdigung — entzogen und als Präparat o. Mumie erhalten sei, nicht mehr als Leichnam i. techn. S. angesehen werden könne u. deshalb eine eigenthumsfähige Sache sei; dagegen begründe der sog. Leichenverkauf kein juristisches, sondern nur ein thatsächliches Verhältniß; der Empfänger dürfe die Leiche nur zu wissenschaftlichen Zwecken verwenden u. müsse sie nach gemachtem Gebrauch zur Beerdigung herausgeben. Vgl. im übrigen u. N. 37c.

8) Diebstahlsobjekte können ferner nicht herrenlose Sachen sein, d. h. solche Sachen, welche zwar Gegenstände des Verkehrs sind, zur Zeit aber in Niemandes Eigenthum stehen. Gleichgültig ist es dabei, ob die Sachen bereits einmal im Eigenthume Jemandes gewesen sind oder noch nicht, ferner ob sie Gegenstand des freien Okkupationsrechtes eines Jeden sind oder ob das Okkupationsrecht an denselben, sei es auf Grund allgemeiner civilrechtlicher Normen, sei es als Regal, bestimmten Personen zusteht.

9) Zu den herrenlosen Sachen, welche bereits im Eigenthum sich befunden haben, gehören namentl. die gefangen gewesenen wilden Thiere, welche ihre Freiheit wieder erlangt haben (nicht aber die zahmen, ihren Herren entlaufenen Thiere; RG. II 13. Feb. 91 E. **21** 341 btr. d. zahmen Schwans), sowie die derelinquirten Sachen. Es ist nicht selten zweifelhaft, ob eine Sache derelinquirt sei oder nicht; Dereliktion wurde jedoch in Einzelfällen der Praxis angenommen hinsichtlich der wegen der Rinderpest getödteten und verscharrten Thiere (RG. II 29. März 81 R. **3** 174) sowie hinsichtlich einiger durch Hochwasser fortgeschwemmter Hopfenstangen (München 19. Juni 76 St. **6** 297), dagegen verneint hinsichtlich der einer Leiche mitgegebenen Werthgegenstände (Dresden 24. Aug. 77 St. **7** 308; vgl. jedoch u. N. 37 c) sowie hinsichtlich gestohlenen, in der Waldung eines Dritten versteckten Holzes (Dresden 4. März 72 St. **1** 353).

Uebrigens ist es nicht ausgeschlossen, daß eine derelinquirte Sache dennoch im Gewahrsam (Besitz) eines Anderen, der sie z. B. irrthümlich für eine verlorene gehalten und deshalb aufgenommen hat, sich befinde; Binding Normen **2** 553 N. 798.

10) Die für das Diebstahlsobjekt erforderliche juristische Eigenschaft (N. 5) erfordert ferner, daß die Sache im Eigenthum eines Anderen als des Thäters stehe; mit Recht nimmt die GM. an, daß es der speziellen Feststellung, wer Eigenthümer sei, nicht bedürfe.

Unter den Entscheidungen, welche die streitig gewordene Frage, wer Eigenthümer gewesen sei, betreffen, mögen die folgenden hervorgehoben werden:

a. nach GR.: Berlin OAG. 27. Apr. 72 St. **1** 308 (btr. § 303; ein Bienenschwarm habe mit dem Anhängen an einen Baum in einem fremden Garten noch nicht seine Freiheit erlangt, folglich der bisherige Eigenthümer daran noch nicht sein Eigenthum verloren);

b. nach PrALR.: RG. I 5. Jan., III 24. Apr. 80, E. **1** 289, **2** 21 (btr. den Eigenthumsübergang bei einem Kauf gegen Baarzahlung bzw. bei einem über eine bewegliche Sache geschlossenen Miethsvertrage nach terminsweiser Zahlung eines gewissen Miethsbetrages), Berlin 16. Okt. 72, 25. Juni 74, 20. Juni, 31. Okt. 73, St. **2** 101, **4** 164, O. **14** 449, 679 (btr. das Eigenthum an den Früchten eines in der Expropriation begriffenen Grundstücks bzw. an einer in Erwartung der Zahlung ausgestellten, noch nicht übergebenen Quittung, ferner btr. den Eigenthumserwerb an den Früchten eines Grundstücks seitens des redlichen Besitzers, endlich btr. das Eigenthum an einem Werthpapier höheren Betrages, welches in Folge einer Verwechselung statt eines solchen in niedrigerem Betrage übergeben wird); vgl. ferner das u. N. 36b III aE. cit. RG. IV 25. Jan. 89 E. **18** 436;

c. nach BayerR.: München 7. Dez. 74 St. **5** 154 (btr. § 303; für den einen Ehegatten seien die Sachen des nicht in GG. lebenden anderen Ehegatten fremde).

11) Im Eigenthum eines Anderen steht auch eine solche Sache, an welcher der Thäter Miteigenthum hat, wobei es gleichgültig ist, ob die Sache pro partibus divisis oder indivisis gemeinschaftlich besessen wird. Angenommen wurde, daß ein Wechsel, auf welchem die Unterschriften des Ausstellers u. eines Acceptanten sich befinden, und welcher ausgestellt wird, um zur Prolongation eines gleich beschaffenen Wechsels zu dienen, gemeinschaftliches Eigenthum des Ausstellers und Acceptanten sei, gleichviel wem bis dahin das Papier gehörte; RG. III 10. Dez. 88 R. **10** 715 (btr. §§ 246, 266_2).

Der Miteigenthümer kann mit Rücksicht auf den ihm nicht eigenthümlich gehörigen Theil der Sache Diebstahl (o. Unterschlgg.) an derselben als einer insoweit „fremden" begehen (vgl. § 274[1]), so z. B. ein Konkursgläubiger an einer zur Konkursmasse gehörigen Sache, die Ehefrau an einer gütergemeinschaftlichen Sache, ein Miterbe an der Nachlaßmasse, ein Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen. So die GM., insbs.: RG. I 9. Feb. 80, II 12. Apr. 81, IV 10. Juni 90, III 17., 27. März 84, E. **1** 193, **4** 83, **20** 436, **10** 257, R. **6** 239, Berlin 2. Mai 73, 8. Nov. 77, St. **2** 324, O. **18** 696.

12) Anderer Eigenschaften einer Sache als der in N. 4—11 charakterisirten bedarf es nicht, damit dieselbe Diebstahlsobjekt sein könne. Namentl. ist es unerheblich, ob die Sache einen nach Geld abschätzbaren Tausch- u. Handelswerth habe. So die GM., insbs.: Dresden 6. Juli 74 St. **4** 364, Berlin 19. Nov. 74 O. **15** 803. AM.: John ZfStRW. **1** 267, v. Bar MagfDR. **4** 18, beide wegen der Natur des Deliktes als vorsätzlicher Verletzung

fremden Vermögensrechtes. Auch Hälschner 2 281 erklärt das Erforderniß eines Vermögenswerthes (im Gegensatz zum Tauschwerth) für richtig, findet einen solchen jedoch schon darin, daß die Sache Eigenthumsobjekt sei.

Eine andere Frage ist, ob nicht die Annahme einer „vollkommenen" Werthlosigkeit, namentl. auch die Abwesenheit eines jeden Interesses (eines Affektionswerthes) für den Besitzer, den Dolus oder gar die Zueignungsabsicht ausschließe; vgl.: Hälschner aO., Schütze S. 430 N. 8, Blum N. 1.

Der Werth der gestohlenen Sache bildet auch keinen Straferhöhungsgrund, vielmehr ist lediglich dem richterlichen Ermessen überlassen, den höheren oder niedrigeren Werth als Strafzumessungsgrund zu würdigen.

Dagegen hat der „unbedeutende Werth" des Gestohlenen eine Bedeutung für die Antragsfrage (vgl. § 247 N. 2), auch bestimmt sich nach dem Werthe des Gestohlenen die Zuständigkeit im Falle des einfachen Diebst. (s. u. N. 42).

13) Kraft positiver gesetzlicher Vorschriften sind gewisse „fremde bewegliche Sachen" theils unbedingt, theils unter bestimmten Voraussetzungen davon ausgeschlossen, daß sie Objekte eines Diebst. werden können. Es kommen hier namentl. die nach EG. § 2_2 (das. N. 10) in Kraft verbliebenen besonderen Vorschriften über strafb. Verletzungen der Forst- u. Feldpolizei-Gesetze sowie über den Holz- (Forst-) Diebstahl in Betracht (s. u. N. 36b).

Auch Sachen, welche dem Beuterecht unterworfen sind, können für Militärpersonen nicht Gegenstand eines Diebst., sondern nur des erlaubten oder unerlaubten Beutemachens werden (MStGB. § 128); vgl. Berlin 7. Mai 74 O. 15 292.

Die äußere Handlung. N. 14—25.

14) Die Handlung selbst besteht darin, daß der Thäter eine fremde bewegliche Sache (insofern dieselbe ein Diebstahlsobjekt überhaupt sein kann; vgl. N. 13) „einem Anderen wegnimmt". Da das Gesetz nicht sagt „dem Anderen", so folgt daraus, daß derjenige, dem weggenommen wird, nicht mit dem Eigenthümer der Sache identisch zu sein braucht; Rubo N. 7.

Voraussetzung des „Wegnehmens" (N. 21—25) seitens des Thäters ist, daß die Sache nicht nur überhaupt „im Gewahrsam" Jemandes sei (N. 15—17), sondern daß eben ein „Anderer" als der Thäter selbst sie im Gewahrsam habe (N. 18—20).

15) Wie § 242 des RStGB., so sagte auch der vorbildliche § 215 des PrStGB. (s. o. N. 1) nicht „aus dem Besitze oder Gewahrsam eines Anderen" (vgl. jedoch § 168 N. 4a), sondern lediglich „einem Anderen" wegnimmt, weil — wie die Motive zum PrStGB. sich ausdrücken — daraus deutlich hervorgehe, daß der Bestohlene die Detention der Sache zur Zeit des Diebst. noch gehabt haben müsse, der Ausdruck „Gewahrsam" aber bei der Unklarheit der landrechtlichen Lehre vom Besitze möglichst zu vermeiden sei (Goltd. Mat. 2 459). Es erhellt hieraus, daß, wenn man aus § 242 den Satz ableitet, die Sache müsse zur Zeit der That in dem Gewahrsam Jemandes sich befunden haben, hierbei an „die Gewahrsam" i. S. des PrALR. I 7 § 2 oder eines anderen Landesgesetzes nicht zu denken ist. Es handelt sich hier überhaupt nicht, wie bei dem Begriff der „fremden" Sache, um civilistische Gesichtspunkte, vielmehr ist lediglich in Frage, wann i. S. des § 242 anzunehmen sei, daß Jemand eine Sache derartig „habe" oder, wenn man des Ausdrucks sich bedienen will, derartig „in seinem Gewahrsam" habe, daß sie ihm „weggenommen" werden kann; vgl. Hälschner 2 283 N. 6, Merkel HH. 3 638, Rotering GS. 35 354, 38 290.

16) Völlige Uebereinstimmung besteht darüber, daß ein juristischer Besitz nicht erforderlich sei; vgl. z. B. RG. III 1., 26. Okt. 81, E. 5 42, R. 3 642, I 13. Apr. 92 E. 23 71.

Im Uebrigen aber ist streitig, ob nur das physische Vermögen ausschließlicher thatsächlicher Herrschaftsausübung hinsichtlich des betreffenden Gegenstandes, also lediglich ein räumlich-zeitliches Verhältniß zur Sache, erfordert werde, oder ob noch der Wille der Person, die Sache zu beherrschen, hinzutreten müsse. Diese letztere Ansicht erscheint als die richtige. Allerdings ist ganz zweifellos, daß der Gewahrsam nicht nothwendig ein Wissen bedingt (vgl. z. B. Dresden 17. Juni 72 St. 2 100, welches Gewahrsam seitens des Adressaten an einem Briefe annahm, den der Vermiether in Abwesenheit des

Adressaten in Empfang genommen und in dessen Zimmer gelegt hatte), allein trotz bestehender faktischer Möglichkeit, über eine Sache zu verfügen, wird dennoch, wie das alltägliche Leben zeigt, der Gewahrsam an der Sache nur dann erworben, wenn der Wille, sie zu beherrschen, hinzutritt; ist dieser Wille ein animus rem sibi habendi, so begründet er verbunden mit der thatsächlichen Herrschaft juristischen „Besitz"; jede so im „Besitze" Jemandes befindliche Sache kann somit auch „weggenommen" werden; es ist dieses aber auch schon dann möglich, wenn der Inhaber der Sache dieselbe zwar seinem Willen unterwirft, daneben aber die Herrschaft eines anderen Willens (N. 19) zuläßt. Dagegen ist die „Wegnahme" einer Sache unmöglich, wenn Niemand den Willen kund gegeben hatte, dieselbe beherrschen zu wollen; unmöglich ist deshalb z. B. die Wegnahme einer verlorenen Sache, wenn auch Jemand in unmittelbarer Nähe derselben sich aufhielt und dieselbe sah, nur deshalb aber den Willen, sie — wenn auch unter Anerkennung des späteren Rechtes des Eigenthümers — zu beherrschen, nicht kundgab, weil er die Sache nicht für eine verlorene erachtete. So: Binding Normen 2 547, Geyer 2 44, Hälschner 2 284, v. Liszt S. 440, Merkel HRl. „Diebst." S. 526 u. HH. 3 639, 641, H. Meyer S. 649, Rüd.-St. N. 7, Dickel Diebst. S. 29, Kapff Unterschl. S. 60, Rotering GS. 35 356, 364. AM.: RG. III 1. Okt., II 7., 13. Dez. 81, E. 5 42, 218, 222, Berner S. 541, Schütze S. 427, F. Meyer N. 8, 9, Oppenh. N. 16, Rubo N. 8. Wenn dagegen RG. III 19. Juni 80 E. 2 332 von einem „rein thatsächlichen Willenszustand des bisherigen Inhabers" spricht und deshalb die Möglichkeit anerkennt, daß ein Geisteskranker den Willen haben könne, nicht nur eine Sache zu behalten, sondern auch sie an eine andere Person wegzugeben, so daß der Empfänger der Sache die Detention mit dem thatsächlichen Willen des Tradenten empfange, sie ihm also nicht wegnehme, so ist diese Ausführung durchaus zutreffend; mehr als ein solcher rein thatsächlicher Wille ist nicht erforderlich; so: v. Liszt aO., Merkel HH. 3 644, H. Meyer S. 650, F. Meyer N. 11; aM. v. Kirchmann N. 1 b. Aber die Existenz eines solchen Willens neben der physischen Möglichkeit faktischer Beherrschung der Sache ist doch wesentlich verschieden von dem rein „physischen Vermögen ausschließlicher thatsächl. Herrschaftsausübung"; vgl. auch das cit. RG. 13. Apr. 92.

17) Zu den Sachen, welche im Gewahrsam Jemandes überhaupt nicht stehen, gehören die „verlorenen" Sachen; nach der GM. ist eine Sache verloren, wenn der Ort, an dem sie sich befindet, dem letzten Inhaber entweder nicht (bzw. nicht mehr) bekannt oder auf bleibende Weise unzugänglich geworden ist. Dementsprechend wurden für verloren erachtet: ein dem Berechtigten bei der Abfuhr aus dem Walde auf einem Waldwege unbemerkt vom Wagen gefallenes Stück Scheitholz, von einem gestrandeten Schiffe weggeschwemmte Gegenstände trotz der Anstalten zum Bergen, durch Hochwasser fortgeschwemmtes Holz; Dresden (OAG.) 21. Dez. 74, 12. März 75, 13. März 76, St. 5 82, 349, 6 295, OLG. 30. Apr. 91 G. 39 169.

Einer verlorenen Sache gleichzuachten, weil auch hier der Gewahrsam des bisherigen Inhabers aufgehoben wurde, ist ein entlaufenes Hausthier, das die Rückkehrgewohnheit verloren hat (RG. II 13. Feb. 91 E. 21 341, Berlin 28. Mai 73 O. 14 408) oder das derartig sich verlaufen hat, daß es nach Hause zurückzufinden außer Stande ist (nicht aber ein Hausthier, das zwar das Grundstück des Eigenthümers verlassen, aber die consuetudo revertendi nicht verloren hat; RG. IV 1. Apr. 90 G. 38 63 btr. zahmes Schwein). Zu unterscheiden sind dagegen von einer verlorenen Sache:

a. eine „verlegte" Sache, von welcher der Inhaber zwar weiß, daß sie innerhalb gewisser ihm zugänglicher Räume, aber nicht, an welcher bestimmten Stelle sie sich befinde, obgleich ihm solches früher bekannt war (vgl. RG. II 18. Jan. 81 E. 3 201); eine solche Sache ist erst dann für „verloren" anzusehen, wenn die Nachsuchung als erfolglos aufgegeben ist; Berlin 27. Sept. 77 O. 18 597;

b. eine „vergessene" Sache, welche am dritten Ort liegen gelassen wurde, ohne daß dem Inhaber der Verbleib aus dem Gedächtnisse geschwunden ist oder daß äußere Hindernisse vorliegen, welche das Zurückholen derselben inhibiren; Berlin 5. Feb. 74, 30. Nov. 75, St. 3 338, O. 16 764; hier nimmt jedoch Hälschner 2 286 trotzdem Verlust des Gewahrsams an, falls die Sache in der Räumlichkeit eines Anderen, wo dessen Wille herrscht,

zurückgelassen worden sei (vgl. u. N. 25); über die in Straßenbahnwagen vergessenen Sachen vgl. Hilse G. 39 409;

c. eine „versteckte" Sache, welche vom Inhaber gerade deshalb verborgen wurde, um das Wegnehmen zu verhüten, es sei denn, daß dem Inhaber die Dispositionsmöglichkeit über die Sache dauernd verloren geht, ohne daß er solche zuvor auf einen Anderen übertragen hätte.

Theils weil einer dieser Fälle vorlag, theils weil aus anderen Gründen die Fortdauer des Gewahrsams angenommen wurde, sind dagegen nicht für verloren erachtet:

verschossene Munition, welche in den Umschließungen eines Kugelfanges sich ansammelte; RG. III 10. Nov. 80 R. 2 490;

die auf einem gestrandeten, von der Besatzung verlassenen Schiffe befindlichen Sachen (im fortdauernden Gewahrsam der Schiffsbesatzung stehend); RG. III 7. Feb. 84 E. 10 84;

ein zugelaufener, jedoch nicht herrenloser, Hund bzw. vom Diebe auf fremden Grund und Boden verstecktes Holz; Dresden 22. Dez. 71, 4. März 72, St. 1 281, 5 353;

eine auf einem Abtritt abgelegte und demnächst vergessene Geldtasche; ein im Wirthshause aus Versehen zurückgelassener Hund bzw. vor Feinden versteckte Werthpapiere; München 6. Sept. 72, 12. Sept. 73, 1. Juni 74, St. 2 103, 3 61, 4 99.

Erbschaftssachen insonderheit können nur dann Gegenstand des Diebst. werden, wenn sie von Jemand anders als dem Thäter detinirt werden (RG. III 17. März 84 E. 10 257); wenn aber Berlin 16. Mai 76 O. 17 347 die Wegnahme von Sachen eines auf dem Felde plötzlich in Abwesenheit Anderer Verstorbenen für Diebst. erachtete, weil, wegen der geringen Entfernung des Ortes, wo der Tod erfolgte, von der Wohnung, die Wittwe den Gewahrsam der bei der Leiche befindlichen Gegenstände gehabt habe, so ist diese Annahme mit Dickel Diebst. S. 31 u. Meves G. 37 177 N. 9 für sehr bedenklich zu erachten (vgl. dagegen die Spezialbestimmung des MStGB. § 134). Der Umstand, daß über den Nachlaß der Konkurs eröffnet wurde, ändert an sich in dieser Beziehung nichts; RG. IV 15. März 89 G. 37 177. Wg. des Einflusses einer Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung u. des Zuschlages in öffentl. Versteigerung nach CPO. auf das Gewahrsamsverhältniß vgl. RG. IV 3. Juni 90 E. 20 428.

18) Die Sache muß sich in dem Gewahrsam eines Anderen als des Thäters selbst befinden; vgl. z. B. RG. I 5. Jan. 80 E. 1 289 btr. den Gewahrsam des Verkäufers an einer gegen Baarzahlung verkauften, dem Käufer vor derselben in die Hand gegebenen Sache, ferner RG. II 8. Feb. 81 R. 3 14 sowie das o. N. 6 cit. Cassel btr. den Gewahrsam an dem in den Röhrenleitungen einer Gasanstalt befindlichen Gase. Uebrigens muß der „Andere" immer eine physische Person sein; H. Meyer S. 650.

19) Die zu N. 18 gedachte Voraussetzung liegt auch vor bei bestehendem Mitgewahrsam in dem Verhältniß des einen Mitgewahrsamsinhabers zu dem des anderen.

Ein solcher Mitgewahrsam kann zunächst bestehen unter gleichberechtigten Personen, wie z. B. zwei besitzenden Miteigenthümern (N. 11); Binding Normen 2 547, Geyer 2 44, v. Liszt S. 441, Merkel HH. 3 639 N. 3.

Ein Mitgewahrsam kann aber auch bestehen unter verschieden berechtigten, namentl. über- und untergeordneten, Personen und gerade ein solches Verhältniß ist von größter praktischer Wichtigkeit. In den Fällen des Vorliegens eines solchen Verhältnisses ist für den Thatbestand des Diebst. nicht entscheidend, ob der Thäter selbst bereits Gewahrsam an der Sache hatte (aM. RG. III 1. Okt. 81 E. 5 42), ob er an der thatsächl. Herrschaft über die Sache willentlich einen Antheil hatte, sondern vielmehr, ob nicht ein Anderer und zwar kraft besseren Rechts gleichfalls eine thatsächl. Herrschaft an der Sache ausübte, so daß durch die Wegnahme seitens der Minderberechtigten ein Stück faktischer Herrschaft des Anderen aufgehoben wird. So namentl. Geyer 2 44, v. Liszt S. 441 u. Merkel S. 319; vgl. dagegen Hälschner 2 889, der es nicht nur für unbestritten erachtet, daß Dienstboten ꝛc. den Gewahrsam an den Sachen des Haus- o. Dienstherrn nicht schon dadurch erlangen, daß sie in der Lage sind, über dieselben leichter als Andere zu verfügen, sondern auch bei den ihnen zur Verwahrung (Aufsicht) übergebenen Sachen in concreto entschieden sehen

will, ob ihnen der Gewahrsam der Sachen übertragen war oder ob sie nur stellvertretend den Gewahrsam ausübten. Ein derartiger Mitgewahrsam (über die Kasuistik s. insbs. Rotering GS. 38 306 ff.) kommt namentl. vor:

a. beim Gesinde- o. einem ähnlichen Verhältnisse; in der thatsächlichen, keineswegs stets zutreffenden, Annahme, daß der Gewahrsam der Herrschaft nicht verloren sei, ist Diebst. als vorliegend erachtet:

an Waaren aus den Geschäftsvorräthen seitens der in einem Laden als Verkäufer für Rechnung des Prinzipals angestellten oder beschäftigten Personen; RG. I 5. Apr. 80, IV 20. Juni 90, E. 2 1, 21 16, Berlin OAG. 28. Feb. 72 St. 1 236;

an Gegenständen der Dienstherrschaft, welche einem Dienstboten zum zeitweiligen Gebrauche innerhalb der eigenen Räume der Herrschaft, wie z. B. Bettwäsche, oder behufs einer damit vorzunehmenden Arbeit überwiesen waren (RG. II 11. Nov. 81 R. 3 711, Dresden 2. Juni 71 St. 1 88), und zwar auch nach dem Tode der Herrschaft bei Abwesenheit der Erben; Mannheim 9. Feb. 77 St. 8 181;

an Arbeitsmaterial, welches einem Arbeiter seitens des Arbeitsherrn zur Verarbeitung in den Arbeitsräumen des Letzteren übergeben war; RG. IV 16. Mai 85 R. 7 302;

an Holz seitens desjenigen, welcher dasselbe im Auftrage des Eigenthümers eines Waldes fällt; Berlin 13. Nov. 73 O. 14 717; vgl. auch RG. II 2. Dez. 81 E. 5 180 btr. die Frage, ob ein Förster kraft der ihm anvertrauten Obhut den Gewahrsam der Bestandtheile oder Erzeugnisse des Waldes habe;

an den den Gefangenen zur Benutzung überlassenen Sachen; Berlin 7. Mai 78 St. 8 183;

bagegen unzutreffender Weise Diebst. verneint und nur Unterschlgg. angenommen beim Verkauf von Saatkorn seitens der Dienstboten, welches diese zur Aussaat erhalten und aufs Feld geschafft hatten; Dresden 29. Nov. 75 St. 6 264;

b. bei Bestellung zum Aufseher; hier ist Diebst. seitens des Aufsehers angenommen an denjenigen Sachen, welche in den zu bewachenden Räumlichkeiten (einem Wagen, einem Hause) sich befanden; Berlin 5. Nov. 73, 8. Sept. 74, O. 14 681, St. 4 165;

c. bei Niederlegung von Sachen in fremden Räumlichkeiten; Diebst. seitens des Inhabers (bzw. Eigenthümers) der Räumlichkeit wurde angenommen:

an dem Koffer, welchen ein früherer Mitbewohner, zwar ohne Uebergabe zur Aufbewahrung, jedoch mit Zustimmung des Inhabers der Wohnung in derselben zurückgelassen hatte; RG. I 24. Mai 80 E. 2 64 (vgl. jedoch § 246 N. 8b);

an dem Holz, welches ein Dieb auf fremdem Grundstück versteckt hatte; Dresden 4. März 72 St. 1 353;

d. bei Mieths- und ähnlichen Verhältnissen; hier ist auf Grund der — nicht Ausschlag gebenden — Annahme, daß der Miether den Gewahrsam erlangt gehabt habe, Diebst. seitens des Miethers an den in einem möblirten Zimmer mitvermietheten Sachen bzw. an von einem vermietheten Gebäude losgelösten Theilen zu Unrecht verneint; RG. II 12. Juli 80 R. 2 184, II 18. Feb., III 1. Okt. 81, E. 3 358, 5 42.

20) Auf welche Weise der „Andere" den Gewahrsam erlangt hat, ist gleichgültig; auf die Rechtmäßigkeit der Innehabung kommt es nicht an; es kann deshalb auch einem Diebe eine von ihm früher gestohlene Sache in diebischer Absicht weggenommen werden; Merkel S. 319 u. HRl. „Diebst." S. 526 u. HH. 3 642, Oppenh. N. 30, Rüd.-St. N. 14, v. Schwarze N. 12, Dickel Diebst. S. 37. Vgl. jedoch u. N. 33.

21) Das „Wegnehmen" wird von Rubo N. 6 in einen Gegensatz zum „Ansichnehmen" gebracht; allein, wenn man berücksichtigt, daß die Wegnahme „in der Absicht rechtswidriger Zueignung" (N. 26—32) geschieht, so wird man nicht anstehen dürfen, der GM. dahin sich anzuschließen, daß unter „Wegnahme" i. S. des § 242 (vgl. dagegen § 168 N. 5) nicht nur die Aufhebung des Gewahrsams des Anderen (N. 22, 23), sondern auch die gleichzeitige Erwerbung des eigenen Gewahrsams (N. 24, 25) zu verstehen sei; aM. jedoch auch H. Meyer S. 656.

22) Die Aufhebung des Gewahrsams des Anderen muß ohne dessen Willen geschehen; schon dann liegt eine Wegnahme im gewöhnlichen S. des Worts sowie eine Ver-

letzung der die Gewahrsamsordnung schützenden Norm vor und keineswegs nur in dem Falle, wenn die Aufhebung wider den Willen des bisherigen Inhabers erfolgt; so: Binding Normen 1 213, 2 539 N. 773, Oppenh. N. 34, Dickel Diebst. S. 41; ob Hälschner 2 288 u. Merkel S. 319 f., HH. 3 643 u. HRl. „Diebst.", wenn sie „eigenmächtige Wegnahme wider den Willen des Inhabers" erfordern, wirklich eine andere Ansicht vertreten, erscheint im Zusammenhange der Ausführungen zweifelhaft.

Demnach liegt eine Wegnahme nicht vor, wenn der Inhaber in die Aufhebung seines Gewahrsams einwilligt; so die GM. insbs.: RG. II 7. Feb. 82 R. 4 129, Berlin 19. Mai 76 St. 6 296. Die Thatsache der Einwilligung des Inhabers und der dadurch bedingte Ausschluß einer Gewahrsamsverletzung kann auch nicht dadurch beseitigt werden, daß der Thäter schon vor Erlangung des eigenen Gewahrsams an der Sache die Absicht hegte, über dieselbe demnächst für sich zu verfügen; so Merkel HH. 3 645; aM. Berlin 20. Jan. 71 O. 12 45 (der vom Eigenthümer gefällten Holzes mit der Abfuhr desselben aus dem Walde Beauftragte begehe einen Diebst., wenn er des Holzes schon in der Absicht rechtswidriger Zueignung sich bemächtigt gehabt habe).

Als Zustimmung des Inhabers zur Wegnahme ist die bloße Einhändigung einer Sache nicht anzusehen; ebensowenig ist jede Nichtverhinderung der Wegnahme mit Zustimmung identisch; Merkel HRl. „Diebst." S. 527 u. HH. 3 643 f., v. Liszt S. 440, H. Meyer S. 658, Dickel Diebst. S. 42. Aus dem letzteren Gesichtspunkte ist auch mit Cohn Versuch 1 454 zu billigen Berlin 10. Apr. 74 O. 15 225 (der Käufer einer Quantität Spreu suchte den mit der Zumessung beauftragten Arbeiter zu veranlassen, ihm statt dessen Raps zuzumessen; letzterer ging im Einverständnisse seines Herrn soweit darauf ein, als er es geschehen ließ, daß der Käufer selbst des Rapses sich bemächtigte; es erfolgte Verurtheilung des Käufers wegen Diebst.); aM. Binding Normen 2 255, der hier ausdrückliche Einwilligung des Inhabers in die Wegnahme als vorliegend erachtet.

Nothwendige Voraussetzung für die Annahme einer Einwilligung des Inhabers ist, daß derselbe wenigstens zu einer thatsächlichen Aeußerung seines Willens im Stande sei; die rein äußerliche Zustimmung eines völlig Willenlosen schließt die „Wegnahme" nicht aus; Binding Normen 2 539, Hälschner 2 289, Merkel HH. 3 644.

23) Was die Aufhebung des bestehenden fremden Gewahrsams betrifft, so ist zunächst das negative Moment wichtig, daß sie nicht „mit Gewalt gegen den Inhaber oder Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben" geschehen darf, weil sonst Raub (§ 249) vorliegen würde.

Im übrigen aber ist die Art, wie der Gewahrsam aufgehoben wird, gleichgültig. Mit Recht wird deshalb allgemein die Heimlichkeit der Begehung nicht für nothwendig erachtet; ebensowenig ist die Begehung „durch List" ein positives Erforderniß; vgl. jedoch Hälschner 2 288, der im Grunde thatsächlich ausführt, daß die Wegnahme, da sie nicht mittels Gewaltsausübung an der Person des Inhabers erfolgen dürfe, „nur mittels List und deshalb in der Regel heimlich" verübt werde.

Auch die zur Aufhebung des Gewahrsams angewendeten Mittel sind gleichgültig; demgemäß macht es keinen Unterschied, ob der Thäter die Aufhebung des Gewahrsams des Anderen selbst bewirkt oder durch die Hand eines gutgläubigen Dritten oder durch Vermittelung eines Thieres, deren er als Werkzeuge sich bedient; so die GM., insbs. RG. IV 17. Okt. 90 E. 21 110, Berlin 15. Nov. 73, Dresden 5. März 75, St. 3 197, 5 345.

Auch darauf kommt es nicht an, daß die Entziehung der Sache aus dem fremden Gewahrsam durch ein körperliches Anfassen derselben herbeigeführt werde (vgl. Cohn Versuch 1 450); denn zweifellos kann z. B. der fremde Gewahrsam an Gasen, welche also nicht greifbar sind, durch Oeffnen der Hähne des dieselben einschließenden Leitungsrohres, aufgehoben werden.

Endlich ist auch das gleichgültig, ob die Sache bereits eine „bewegliche" war oder ob sie erst durch den die Aufhebung des fremden Gewahrsams herbeiführenden Akt zu einer beweglichen gemacht wurde (N. 4), wenn nur die Immobilie selbst im Gewahrsam eines Anderen stand; selbst das ist unerheblich, ob sie dadurch erst zu einer res in com-

mercio wurde, wie z. B. das Haar eines Menschen durch Abschneiden (N. 6_2), denn nichts hat der Mensch mehr im Gewahrsam als die Theile seines eigenen Körpers; so H. Meyer S. 620; aM.: Rubo N. 9, Mittelstein G. **35** 178, eine Wegnahme liege hier nur dann vor, wenn derjenige, dem die Haare abgeschnitten werden, dieselben während des Schneidens festhalte bzw. durch Zugreifen Innehabung erlangt habe.

24) Die Erwerbung des Gewahrsams seitens des Thäters braucht sowenig eine Erwerbung des Besitzes der Sache zu sein, als wie es erforderlich ist, daß der „Andere" vorher juristischen Besitz gehabt habe (N. 16_1); keineswegs ist nothwendig, daß die Entziehung des Gewahrsams des Anderen einen Besitzerwerb auf Seiten des Thäters zur Folge habe; so: Merkel HRl. „Diebst." S. 526 u. HH. **3** 642 f., Cohn Versuch **1** 451; anders, wenigstens im Wortausdruck, Hälschner **2** 304.

Erforderlich ist dagegen, daß der Thäter an der Sache einen Gewahrsam in dem oben N. 16 erläuterten S. erlangt habe; sonst liegt ein vollendeter Diebst. nicht vor; zur Vollendung genügt deshalb eine bloße Kontrektation nicht; deshalb kann ein Diebst. nicht dadurch begangen werden, daß Jemand eine ihm zugängliche fremde bewegl. Sache einem (gut- o. schlechtgläubigen) Dritten verkauft und diesem zur Abholung bezeichnet o. überweist; auch hier muß der Verkäufer die Sache zunächst durch sein Thun dem Gewahrsam des Inhabers entzogen haben und dann erst dieselbe in die Verfügungsgewalt des Käufers gebracht sein; so: RG. IV 17. Okt. 90 E. **21** 110, Hälschner **2** 288, Oppenh. N. 42, v. Schwarze N. 14; aM.: Merkel HH. **3** 643, H. Meyer S. 656, Schütze S. 472 N. 10 (dieser: es genüge die Zueignung der Sache „im Werthe"). Andererseits ist es aber gleichgültig, ob die beabsichtigte Zueignung (N. 26—32, 33_2) vollendet (RG. II 11. Mai 86 E. **14** 121), ob die über die Sache erlangte Herrschaft eine gesicherte sei, ob endlich eine Ablation der Sache stattgefunden habe (vgl. namentl. den dieses bestätigenden § 252); so: RG. 4. Nov. 79 G. **27** 458, Binding Normen **2** 454 N. 659, 551 N. 792, Merkel HH. **3** 664. Hiernach ist im § 242 die sog. Apprehensionstheorie zum Ausdruck gekommen; so die GM., auch H. Meyer S. 656, trotzdem er den Diebst. schon mit der Aufhebung des fremden Gewahrsams für vollendet ansieht (N. 21).

25) Die Frage, ob eine Apprehension, d. h. die Erlangung des Gewahrsams in dem mehrfach gedachten S., stattgefunden habe, ist wesentlich thatsächlicher Natur (N. 39). Dies zeigt sich namentl. in Fällen, wo Jemand mit einer Sache in diebischer Absicht sich befaßt, ohne dieselbe vom Orte der That sofort wegbringen zu können, insbs. also, wenn er sie in den Räumen des Eigenthümers bzw. Besitzers selbst versteckt; je nachdem der Thäter hierdurch nur eine spätere „Wegnahme" erleichtert, oder mit dem Erwerb der eigenen Verfügungsgewalt bereits einen Anfang gemacht, oder endlich dieselbe durch die Manipulation bereits erlangt hat, — was nur nach der konkreten Sachlage beurtheilt werden kann, — liegt entweder eine bloße Vorbereitungshdlg. oder Diebstahlsversuch oder vollendeter Diebst. vor. So: RG. III 9. Juli 85 E. **12** 353, Dresden 2. Juni 71, 24. Juli 74, St. I 88, **4** 362, Berlin 20. Nov. 75 O. **16** 765, H. Meyer S. 657. AM. Hälschner 2 286, es könne höchstens Versuch vorliegen, weil der Thäter die Sache im Gewahrsam des Hausherrn zurückgelassen und somit nicht seinerseits den Gewahrsam erworben habe (s. o. N. 17b).

Vollendeter Diebst. wurde in der Praxis beispielsweise angenommen von: RG. III 22. Dez. 80 R. **2** 660, 9. Juli 85 (s. o.; aM. OLG., der nur eine Vorbereitungshdlg. annahm), Dresden 9. Dez. 72 St. **2** 281, Berlin 20., 28. Okt. 74, O. **15** 692, 717, durchweg Getreidediebst. btr., bei welchem das in Verwahrungsmittel gefüllte Getreide zunächst noch am Aufbewahrungsorte versteckt zurückgelassen wurde. Liegt übrigens hierin schon vollendeter Diebst., so ist die nothwendige Konsequenz, daß dann die spätere Fortschaffung selbst, auch wenn sie mittels Einbruchs o. Einsteigens erfolgt (§ 243²), einen Diebst. nicht bildet; so auch das cit. RG. 9. Juli 85, während das cit. Dresden 24. Juli 74 bei entgegengesetzter Sachlage darin schweren Diebst. sehen mußte.

Andererseits wurde die Verneinung der Vollendung seitens des Vorderrichters gebilligt von RG. II 29. Sept. 85 R. **7** 539, weil thatsächl. Erwägungen zu der Annahme geführt hatten, daß in einem Falle, wo es um 3, zusammen 7 Ctr. Getreide enthaltende, Säcke

sich handelte, das Einschütten in dieselben noch nicht ausreichend gewesen sei, die Verfügungsgewalt des bish. Inhabers aufzuheben; ähnlich II 15. März 89 G. **37** 179.

Absicht rechtswidriger Zueignung. N. 26—32.

26) Der Thäter muß die fremde Sache eines Anderen wegnehmen, „in der Absicht, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen". Demnach muß die erforderte „Absicht" bei der Wegnahme selbst bestehen; die erst nach vollzogener Wegnahme auftauchende Absicht rechtsw. Zueigg. erfüllt daher den Thatbestand des Diebst. nicht; Merkel HH. **3** 655, Rubo N. 10.

27) Die „Absicht" der rechtsw. Zueigg. bezeichnet lediglich den Vorsatz; Binding Normen **2** 558, 597. Der vom Thäter verfolgte Endzweck soll damit nicht angedeutet werden; denn derselbe kann gerade auf das Gegentheil der Zueignung, nämlich auf Zuwendung der Sache an einen Dritten gehen (N. 28); vgl. Berlin 10. Apr. 74, 5. Juli 76, 5. Dez. 77, O. **15** 225, **17** 493, **18** 771 sowie die Motive u. Hälschner **2** 292; aM. v. Liszt S. 442, es werde ein über den Vorsatz der That hinausreichendes Motiv verlangt.

Die „Absicht" muß eine ernstliche und darf nicht nur vorgegeben sein; ob das eine oder das andere der Fall, unterliegt thatsächl. Beurtheilung; RG. II 11. Juli 84 R. **6** 536 (bei einem soeben aus dem Zuchthause Entlassenen, der einen Mantel weggenommen u. sich sofort selbst angezeigt hatte, war die Absicht rechtsw. Zueigg. verneint worden).

28) Die Absicht, die einem Anderen weggenommene Sache „sich zuzueignen" die sog. diebische Absicht, ist der Vorsatz des Thäters, die Sache dem Verletzten dauernd zu entziehen und an ihr den Gesammtinhalt derjenigen Befugnisse auszuüben, welche der Eigenthümer kraft seines Eigenthumsrechtes ausübt; John ZfStRW. **1** 256; ähnlich: v. Liszt S. 442 (Aneignung sei Herstellung eines Verhältnisses zur Sache, welchem nur die rechtl. Anerkennung fehle, um Eigenth. zu sein), Merkel S. 318, H. Meyer S. 653, Rotering GS. **36** 524, Ullmann Dolus b. Diebst. S. 66 (Absicht, über eine fremde Sache der Substanz nach durch Entziehung derselben zu verfügen). Man kann die diebische Absicht auch mit Berlin 12. März 74 St. **4** 55, Hälschner **2** 291, Rüd.-St. N. 14 u. v. Bar MagfDR. **4** 16, 18 charakterisiren als die Absicht, die fremde Sache „in sein Vermögen zu bringen", wenn man davon absieht, bei „Vermögen" an eine rechtliche Herrschaft zu denken; denn keineswegs verfolgt der Dieb die — nur in den seltensten Fällen ausführbare — Absicht, das Gestohlene auch seiner rechtlichen Herrschaft zu unterwerfen; aM. Rubo N. 11, „eine Sache sich zueignen heiße, die ausschließlich rechtliche und thatsächliche Herrschaft über die Sache sich verschaffen". Was die Auffassung des RG. betrifft, so hat zwar IV 10. März 85 E. **12** 88 in wesentlicher Uebereinstimmung mit der oben vertretenen Ansicht eine Zueignungsabsicht i. S. des § 242 nur angenommen bei Richtung des Willens des Thäters darauf, über die Sache „mit Ausschluß des Berechtigten als Eigenthümer" zu verfügen; dagegen haben I 1. Mai 84 E. **10** 369 u. III 13. Dez. 86 R. **8** 751 nicht nur die Zueignungsabsicht anders charakterisirt (s. u. N. 29), sondern namentl. auch den bedenklichen Satz aufgestellt, daß der Begriff der „Zueignung" nicht mit Nothwendigkeit die auf definitive Entziehung der Substanz der Sache gerichtete Absicht voraussetze.

Abweichend erachtet Merkel HRl. „Diebst." S. 527 u. HH. **3** 648 f. (vgl. jedoch jetzt Lehrbuch S. 318) — und ähnlich Villnow Raub S. 18 — dafür, daß die Absicht des Thäters nur dahin gehen müsse, die Sache dem Willen und den Interessen eines Anderen in ausschließender Weise dienstbar zu machen, daß dieser „Andere" aber nicht nothwendig der Thäter selbst zu sein brauche; es sei sprachlich nicht unmöglich, auch von demjenigen, der die Sache eigenmächtig Dritten zuwende, zu sagen, daß er sie „sich" zugeeignet, indem er durch die willkürliche Verfügung zu Gunsten Dritter die Stellung des Eigenthümers usurpire. Diese, namentl. von Rubo N. 11 bekämpfte, Ansicht erscheint nur insoweit richtig, als dadurch der vom Thäter verfolgte Endzweck als gleichgültig bezeichnet werden soll (N. 27); hat der Thäter die Sache aus dem fremden Gewahrsam in den eigenen gebracht, um sie aus diesem heraus durch eine weitere Handlung einem Dritten, sei es entgeltlich oder unentgeltlich, sei es nach vorheriger Verabredung oder ohne solche, zuzuwenden, so liegt die Absicht, zunächst die Sache „sich" zuzueignen, und somit auch Diebst. vor; so auch die Note N. 27 citirten Entsch.

29) Nach der Ausführung in N. 28 ist es keineswegs richtig, schon dann die Absicht rechtswidriger Zueignung anzunehmen, wenn der Wegnehmende beabsichtigt, über die Sache „eine Verfügung zu treffen, welche an sich nur dem Eigenthümer zusteht"; abgesehen davon, daß an einer fremden Sache Rechte der verschiedensten Art für einen Nichteigenthümer begründet sein können, so daß kaum von irgend einer Disposition sich sagen läßt, daß nur der Eigenthümer zu derselben berechtigt sein könne (Rotering GS. 36 527), so liegt in dem Vorsatze, eine Sache in einer gewissen Weise zu gebrauchen, auch dann, wenn diese Gebrauchsart regelmäßig nur dem Eigenthümer zustehen sollte, keineswegs unbedingt die Absicht, über dieselbe ihrer Substanz nach mit Ausschließung des Eigenthümers selbst zu verfügen; aM. die o. N. 28 citt. RG. I 1. Mai 84, III 13. Dez. 86 (die erforderliche Absicht liege schon dann vor, wenn der Wegnehmende beabsichtigt habe, auch nur eine einzelne Verfügung zu treffen, welche zur ausschließlichen Zuständigkeit des Eigenthümers bzw. desjenigen, dem von letzterem das Recht dazu ertheilt worden, gehörig betrachtet werden müsse; ersteres erachtete deshalb die Wegnahme eines Sparkassenbuches zur Erhebung auch nur eines Theiles der Einlage und trotz der Absicht der Zurückbringung in den Gewahrsam des Eigenthümers für Diebst.; ebenso btr. der Zueignung eines Sparkassenbuches RG. IV 3. Okt. 90 G. 38 423, III 7. März 91 E. 22 2; aM.: München 19. Juli 73 St. 2 376, Binding 1 220 N. 6 u. — abgesehen von dem Falle der sofortigen Zerstörung (s. u. N. 30c) — Blum N. 10; bedenklich ist auch Meves G. 38 424 N. 1. Vgl. übrigens § 246 N. 2₃. Hiernach ist es zwar wesentlich eine thatsächliche Frage, ob die Absicht rechtswidriger Zueignung als vorliegend anzunehmen sei (vgl. z. B. RG. IV 17. Juni 84 R. 6 443, btr. Mitnahme von Gefangenkleidern seitens eines entfliehenden Gefangenen, sowie Berlin 6. Juni 79 O. 20 287, wonach es Sache der Prüfung der konkreten Sachlage ist, ob bei der Wegnahme eines gefüllten Gefäßes die Absicht auf Zueignung des Gefäßes oder nur auf den Genuß seines Inhaltes gerichtet gewesen sei), jedoch kommen, wie aus obigem sich ergiebt, auch rechtliche Gesichtspunkte in Betracht.

30) Einzelne Fälle, in denen die Frage nach dem Vorliegen der Absicht rechtswidriger Zueignung besonders praktisch ist, sind folgende:

a) Ein beabsichtigter „Gebrauch" der Sache (z. B. eines Wagens, von Kleidungsstücken 2c.) schließt die diebische Absicht, selbst bei Werthsverminderung oder beim Eintritt unbeabsichtigter Zerstörung, aus; anders dagegen, wenn der Gebrauch zugleich ein völliger Verbrauch ist oder eine Entwerthung der Sache mit sich führt; so: Hälschner 2 292, v. Liszt S. 460, Merkel HH. 3 650, Dickel Diebst. S. 54, Rotering GS. 36 533. Vgl. dagegen F. Meyer N. 15, der die Annahme einer diebischen Absicht auch dann schon für berechtigt hält, wenn der Gebrauch nach seiner Beschaffenheit und Dauer eine „Werthsverminderung" zur Folge hatte; auch Oppenh. N. 41 nimmt Diebst. an, wenn die Absicht auf einen gänzlichen oder theilweisen Verbrauch sich richtete, erachtet eine solche jedoch nicht nothwendig da für vorliegend, wo ein vorübergehender, mit allmählichem Verschleiße verbundener Gebrauch bezweckt war.

b) Eine beabsichtigte „Verpfändung" läßt dann nicht auf eine diebische Absicht schließen, wenn der Wegnehmende außerdem die Wiedereinlösung und die demnächstige Rückgabe beabsichtigte; es liegt alsdann nur ein nicht als Diebst. zu qualifizirender „Gebrauch" (s. o. a) vor; so: Hälschner 2 292, Merkel HH. 3 650, H. Meyer S. 640, Puchelt N. 8, v. Schwarze N. 17, Dickel Diebst. S. 54; aM.: Blum N. 10, F. Meyer N. 15, Oppenh. N. 42. Jener ersteren Ansicht sind auch RG. III 20. Dez. 83 R. 5 797, I 7. Jan. 84, III 3. Juli 84, E. 9 382, 11 68, indem sie die Meinung, daß die Verpfändung einer fremden Sache bedingungslos als eine Aneignung derselben aufgefaßt werden müsse, der rechtlichen Begründung entbehrend erklären; allein das RG. und ebenso v. Liszt S. 460 u. Merkel S. 318 fordern neben der Absicht der Wiedereinlösung „die in den Umständen begründete Ueberzeugung, das thun zu können", bzw. „die begründete Aussicht rechtzeitiger Wiedereinlösung"; wenn aber auch zuzugeben ist, daß „die bloße Hoffnung o. unbestimmte Erwartung, zur Wiedereinlösung demnächst im Stande zu sein, der Verpfändungsabsicht den Charakter der rechtswidrigen Zueignungsabsicht nicht nehmen kann", so scheint doch jenes Erforderniß zu

weit zu gehen, indem ein allerdings wichtiges Beweismoment für entscheidend angesehen wird, während das Bestehen oder Nichtbestehen der „Absicht" der entscheidende Umstand ist; vgl. Hälschner 2 352 btr. § 246. Immer kann freilich nur der die Verpfändung beschränkende Wille des Thäters selbst von rechtlicher Bedeutung sein, während das Thun und Lassen eines Dritten außerhalb des Willensbereiches des Thäters liegt und folglich Diebst. anzunehmen ist, wenn der Wegnehmende die Sachen verpfändet und einem Dritten die Pfandscheine zustellt in der Erwartung, dieser werde sie wieder einlösen; so cit. RG. 3. Juli 84.

Auch die Absicht des Wegnehmenden, die Sache nur „zum Pfande zu besitzen" und dieselbe ev. im geordneten Wege zum Gegenstande der Zwangsvollstreckung zu machen, deckt sich nicht mit der diebischen Absicht; so: RG. IV 10. März 85 E. 12 88, v. Wächter S. 414, v. Schwarze N. 16 A. 1, Bachem Diebst. S. 30, 36, John ZfStRW. 1 257, 267, v. Buri GS. 33 418. Wenn aber John (ähnlich Ullmann Dolus b. Diebst. S. 54) annimmt, daß auch aus dem demnächstigen Verkaufe die Zueignungsabsicht nur dann folge, wenn der Verkaufende den Ueberschuß behalte, indem das Recht, eine Sache zu verkaufen und dem Käufer an derselben Eigenthumsrecht zu übertragen, ein Ausfluß des Pfandrechts sei, so erscheint dieses deshalb unrichtig, weil durch die Wegnahme der Sache rechtlich ein Pfandrecht nicht begründet wurde und in dem Verkaufe jedenfalls eine Verfügung über die Substanz mit Ausschluß der Rechte des bisherigen Inhabers liegt; so auch das cit. RG. 10. März 85, das deshalb zutreffend Zueignungsabsicht auch dann annimmt, wenn der Wille schon bei der Wegnahme auf eigenmächtige Veräußerung gerichtet war, ferner Hälschner 2 292 N. 2, 298 N. 1 u. H. Meyer S. 655 N. 51 sowie v. Buri aO., der deshalb, falls die Absicht schon bei der Wegnahme der Sache auf deren Veräußerung gerichtet war, Diebst., anderenfalls Unterschlagg. annimmt; vgl. auch u. N. 32.

c) Bei einer beabsichtigten „sofortigen Zerstörung" der Sache wird meist schon die Erlangung des Gewahrsams nicht vorliegen (N. 25); sollte dieselbe aber zu bejahen sein, so wird man auch die Zueignungsabsicht auf Seiten des Thäters annehmen müssen, da der Fall alsdann mit demjenigen gleichliegt, wo der Thäter den Gewahrsam erwirbt, um die Sache demnächst einem Dritten zuzuwenden; der verfolgte Endzweck, der eine Entäußerung des Gewahrsams für den Thäter zur Folge hat, kann nicht entscheidend sein (N. 27). So: Ullmann aO. S. 70, Bachem Diebst. S. 36; ähnlich Villnow Raub S. 17; auch Hälschner 2 299 erkennt die Folgerichtigkeit dieser Ansicht an. Anders die GM., insbs. RG III 7. Juni 82 R. 4 537, I 11. Nov. 84 E. 11 239, welche hier das Vorliegen einer auf rechtsw. Zueigg. gerichteten Absicht in Abrede stellt.

31) Die Absicht des Thäters muß darauf gerichtet sein, die Sache sich „rechtswidrig" zuzueignen.

Zunächst ist hervorzuheben, daß es hiernach für den Diebstahlsbegriff vollkommen gleichgültig ist, ob das Wegnehmen selbst ein unberechtigtes ist; so: John ZfStRW. 1 252 ff., Merkel HH. 3 654, v. Schwarze N. 16; aM.: H. Meyer S. 658, Dickel Diebst. S. 40, als Hdlg. werde das widerrechtliche Wegnehmen der Sache erfordert.

Nothwendig ist nur, daß die Zueignung, welche der Thäter beabsichtigt, eine „rechtswidrige" sei; deshalb liegt kein Diebst. vor, wenn zwar die Wegnahme der Sache rechtswidrig, die Zueignung selbst dagegen erlaubt war; so Berlin OAG. 10. Jan. 74 St. 3 338 (die vom Eigenthümer ertheilte Erlaubniß zum Wegholen von Torf wurde unstatthafter Weise mittels Einsteigens ausgeführt).

War die Zueignung nicht rechtswidrig, so liegt ein Diebst. selbst dann nicht vor, wenn der Thäter die Sache in dem irrthümlichen Glauben wegnahm, ihre Zueignung sei eine rechtswidrige, während sie in Wahrheit erlaubt war; aM. Rubo N. 10, nach dem diese Ansicht nur dann gerechtfertigt sein würde, wenn § 242 die Wegnahme der Sache „in der rechtswidrigen Absicht, dieselbe sich zuzueignen", verlangte.

Selbstverständlich muß der Thäter, da der Diebst. ein doloses Delikt ist (N. 33, 34), auch das Bewußtsein haben, daß die beabsichtigte Zueignung eine rechtswidrige sein würde; Berlin 7. Feb. 78 St. 8 179.

32) Eine Zueignung ist objektiv „rechtswidrig", wenn für den Wegnehmenden ein Recht auf eigenthümliche Erwerbung der Sache nicht besteht.

Ein solches Recht kann zunächst durch Rechtssatz begründet sein; so ist z. B. im Gebiete des PrALR. die Zueignung der im Freien betroffenen Tauben erlaubt, sofern der Eigenthümer nicht eine verhältnißmäßige Ackerfläche in der Feldflur besitzt (vgl. o. N. 5b); Berlin 7. März 78 O. **19** 118.

Ein solches Recht kann ferner durch die Einwilligung des nicht besitzenden Eigenthümers entstehen; jedoch schließt nicht schon die Zustimmung des Eigenthümers zur Wegnahme den Diebst. aus, wie Dickel Diebst. S. 42, Schütze S. 429 u. F. Meyer N. 12 annehmen, sondern nur die Erlaubniß zur Aneignung; so: Binding Normen **2** 548, 555, Hälschner **2** 290, v. Liszt S. 440, H. Meyer S. 658, v. Wächter S. 413. Aus dem o. N. 31 Bemerkten folgt, daß es darauf, ob dem Wegnehmenden die Einwilligung des Eigenthümers in die Zueignung bekannt sei, nicht ankommen kann, daß vielmehr der Diebstahlsbegriff durch eine solche Einwilligung unbedingt ausgeschlossen wird; so: John, Ruhstrat, ZfStRW. **1** 262, 395, Binding Normen **2** 558, Hälschner **2** 291, H. Meyer S. 658, Schütze S. 429, Oppenh. N. 43, v. Schwarze N. 14 A. 4; aM. Merkel HH. **3** 653 (vgl. jedoch § 246 N. 18).

Ein Recht der in Rede stehenden Art ist endlich auch da begründet, wo ein Anspruch auf Uebertragung des Eigenthums an der Sache selbst — ein Recht „zur Sache" — besteht; so: Ullmann Dolus b. Diebst. S. 68, Merkel HRl. „Diebst." S. 527 u. HH. **3** 654, v. Liszt S. 442, H. Meyer S. 655, v. Wächter S. 415, Oppenh. N. 45, v. Schwarze N. 16; aM. Hälschner **2** 296 (im Resultate jedoch wegen fehlender Vermögensbeschädgg. Diebst. gleichfalls für ausgeschlossen ansehend). Voraussetzung ist dabei freilich, daß es um ein Recht auf sofortige Zueignung, also um einen bereits existenten Anspruch, sich handele, während ein Recht, nach gewisser Zeit oder nach Eintritt gewisser Bedingungen die Uebertragung der Sache zu Eigenthum zu fordern, die objektive Widerrechtlichkeit nicht beseitigen kann; vgl. Binding Normen **2** 546 N. 785.

Dagegen liegt an sich, d. h. objektiv, eine „rechtswidrige" Zueignung allerdings dann vor, wenn der Thäter eine fremde Sache sich zueignet, sei es durch definitives Behalten, oder durch Veräußerung (vgl. jedoch o. N. 30b), um sich wegen eines anderen Anspruches gegen den bisherigen Inhaber zu decken, mag der Anspruch auf eine nicht fungibele oder auf eine fungibele Sache, namentl. Geld, gehen; so die GM., insbs.: **RG.** I 9. Feb. 80, IV 10. März 85, E. **1** 193, **12** 88, Berlin 16. Nov. 77 St. **7** 308, auch Hälschner **2** 298 (Diebst. jedoch wegen fehlender Vermögensbeschädgg. für ausgeschlossen ansehend); aM. Stuttgart 19/26. Jan. 76 St. **6** 292, ferner die Motive, „weil hier der Thäter nicht durch die Thatsache der Wegnahme allein sich die Sache aneignen will, sondern zugleich auf Grund seines Anspruches auf Befriedigung aus dem Vermögen seines Schuldners, welchem er die Sache eigenmächtig entzogen", und im Anschluß an dieselben v. Schwarze N. 16; ähnlich Ruhstrat ZfStRW. **1** 386 u. Ullmann aO., die beide nur eine formelle Rechtsverletzung annehmen, während Diebst. eine materielle Rechtswidrigkeit erfordere.

Diese Ansicht erscheint auch für den besonderen Fall richtig, daß Geld weggenommen wird für eine begründete Geldforderung, sofern nicht der Anspruch auf Uebertragung gerade der weggenommenen Geldstücke bestand; Berlin 16. Sept. 74 St. **4** 165, v. Liszt S. 442; das u. N. 34₄ cit. **RG.** 17. Juni 80 beruht auf der Berücksichtigung des subjektiven Momentes.

Dolus. N. 33—35.

33) Der Dolus beim Diebst., als vorsätzlichem V., besteht im Wissen und Wollen sämmtlicher Deliktsmerkmale; da nun das Delikt einerseits gegen die Gewahrsamsordnung (N. 22), andererseits gegen das Eigenthum (N. 26) sich richtet, so erfordert der Diebst. nach Binding Normen **1** 213 f., **2** 550 nothwendig einen doppelten Verletzungsvorsatz, der sich zusammensetzt „aus dem Willen bewußt widerrechtlicher Aneignung einer fremden Sache und bewußt widerrechtlicher Wegnahme aus fremdem Besitze"; es begeht deshalb derjenige, welcher die beschlagnahmte und damit nach BZG. § 156 Eigenthum des Staats gewordene Sache zwar rechtswidrig, aber in Unkenntniß von dem Verluste seines Eigenthums wieder in Besitz nimmt, keinen Diebst.; **RG.** II 4. Mai 86 E. **14** 112. Da übrigens die Vollendung

der Zueignung nicht zum Thatbestande gehört (N. 24), so muß der auf Verletzung des Eigenthums gerichtete Vorsatz „über die Vollendung" hinausreichen, was zur Folge hat, daß in der Verwirklichung dieses Vorsatzes nach der juristischen Vollendung des Deliktes der Thatbestand eines neuen Vergehens nicht gefunden werden kann; RG. II 11. Mai 86 E. 14 121, Binding aO. 2 479, 454 544 ff., Rotering GS. 36 523 (vgl. § 246 N. 9). Deshalb kann insbs., wenn Mehrere eine Sache als Mitthäter gestohlen haben, und bevor eine weitere Verfügung darüber getroffen wird, der eine Dieb dadurch, daß er das gesammte (wenn auch aus einer Mehrheit gleichartiger Sachen bestehende) Diebstahlsobjekt aus dem Verstecke an sich nimmt und sich zueignet, keinen neuen Diebst. begehen (N. 20); so RG. III 2. Feb. 85 E. 11 438; aM. v. Liszt S. 441 N. 4. Anders freilich, wenn die Rechtsverhältnisse an der Sache inzwischen sich geändert haben, so namentl. dadurch, daß dieselbe dem Diebe abgenommen ist; vgl. RG. II 20. Okt. 85 R. 7 597, andererseits jedoch das u. N. 37b cit. RG. I 11. Okt. 80.

Das Moment der „Beweglichkeit" der Sache bildet ein Deliktsmerkmal nicht; was das Gattungsdelikt der widerrechtlichen Aneignung betrifft, so ist kraft positiver Bestimmung nur die Strafbarkeit der einen Seite desselben ausgesprochen, während die andere Seite, die Aneignung einer Immobilie, straflos gelassen ist (so Binding aO. S. 541 f.); das in der Besitzstörung i. w. S. sich darstellende Delikt aber hat in seiner Beziehung auf den Immobiliarbesitz in den §§ 123 ff. Berücksichtigung gefunden. Ein Irrthum hinsichtlich der Eigenschaft der Beweglichkeit der Sache, indem Thäter den civilrechtl. Begriff für anwendbar und in Folge dessen z. B. eine im natürlichen S. bewegliche Sache für eine nicht bewegliche hält (N. 4), ist sonach auf den Dolus einflußlos (aM. H. Meyer S. 651 N. 29), während allerdings nach § 59 (das. N. 5) die Kenntniß davon vorhanden sein muß, daß die Sache eine „bewegliche" im natürlichen S. sei, eine Kenntniß, die freilich nach dem eigenthümlichen Thatbestande als fehlend nicht gedacht werden kann.

34) Zum Dolus gehört nach dem N. 33 Bemerkten vor Allem auch das Bewußtsein davon, daß die beabsichtigte Zueignung eine rechtswidrige sei (N. 31_{a}).

Demnach liegt der erforderliche Dolus nicht vor, falls der Thäter, wenn auch irrthümlich, die Einwilligung des Inhabers in die Wegnahme (bzw. die Genehmigung desselben) oder die des Eigenthümers in die Zueignung annimmt; so die OT. insbs.: Wolfenbüttel 5. Juli 72, Stuttgart 30. Dez. 74, St. 2 181, 4 361.

Auch dann fehlt es am Diebstahlsdolus, wenn der Thäter in Unkenntniß oder Irrthum über civilrechtl. Grundsätze zu der objektiv unberechtigten Wegnahme oder sogar Zueignung sich für befugt erachtete; RG. I 9. Feb. 80 E. 1 193, Binding Normen 2 546, 548, Merkel HRl. „Diebst." S. 527 u. HH. 3 655, v. Wächter S. 415, Dickel Diebst. S. 26.

Die subjektive Rechtswidrigkeit wird endlich meist auch dann fehlen, wenn der Thäter Geld wegnimmt behufs Befriedigung für eine begründete Geldforderung, welche ihm an den Besitzer desselben zustand; denn wenn auch die Aneignung objektiv unberechtigt war (N. 32 aE.), so wird der Wegnehmende bei der fast ausnahmslosen Fungibilität des Geldes annehmen dürfen, daß die konkreten Geldstücke als solche für den Besitzer derselben nicht in Betracht kommen; so RG. I 17. Juni 80 E. 2 184 (im Resultate von John u. Ruhstrat, ZfStRW. 1 248 ff., 384, gebilligt); aM. Geyer 2 45 u. Oppenh. N. 45, welche hier Diebst. annehmen, dsgl. v. Liszt S. 442 (sofern nicht ausnahmsweise ein Anspruch auf Uebertragung der weggenommenen Geldstücke bestehe bzw. die Annahme der Rechtmäßigkeit den Vorsatz ausschließe). Zu weit gehen dagegen v. Wächter S. 415 u. v. Bar MagfDR. 4 20, die allgemein die Wegnahme und Aneignung von Sachen des Schuldners, um sich wegen einer Forderung daraus zu befriedigen, nicht für Diebst. erachten; richtig dagegen H. Meyer S. 654.

35) Während Entw. I § 215 verlangte, daß die Wegnahme der Sache rechtswidrig in der Absicht, durch deren Zueignung sich und einem Anderen Gewinn zu verschaffen, geschehe, hat der Entw. II und demnächst das StGB. selbst eine derartige Bestimmung nicht aufgenommen; nach den Motiven wurde in dem „Motive" des Diebes nur ein Moment für die sittliche und rechtliche Würdigung des Diebst. gefunden, der Umstand aber, ob das Motiv Habsucht oder Gewinnsucht gewesen, in Bezug auf den Thatbestand für gleichgültig erachtet.

Hiernach und Angesichts der Legaldefinition des Diebstahls gehört eine „gewinnsüchtige Absicht" (animus lucri faciendi) nicht zum Dolus; so die GM., insbs. Berlin 28. Nov. 76 O. 17 763.

Ebensowenig wird der Vorsatz der Bereicherung auf fremde Kosten vom Gesetze gefordert, weshalb auch derjenige, welcher das Aequivalent der weggenommenen Sache deponirt, einen Diebst. begeht, falls er nicht die Zustimmung (Genehmigung) des Eigenthümers annimmt (N. 34_2); so: v. Liszt S. 442, Merkel HRl. „Diebst." S. 527 u. HH. 3 658, H. Meyer S. 654, Schütze S. 430 N. 9, Oppenh. N. 45, Bachem Diebst. S. 37; aM. die Motive sowie: Dickel Diebst. S. 60, Birkmeyer HRl. „Gewinnf. Absicht", namentl. aber Hälschner 2 293 ff., 300 (es sei zwar nicht das „Motiv der Gewinnsucht" zum Thatbestande erforderlich, wohl aber die Absicht zu gewinnen, d. h. die Absicht, sich durch unentgeltliche Aneignung zu bereichern; diese Absicht habe freilich nicht, wie die Motive annehmen, den entsprechenden Ausdruck gefunden, aber für die Auslegung des § 242 entscheide nicht lediglich sein Wortlaut ohne jede Berücksichtigung seines Zusammenhanges mit dem Ganzen, seiner systematischen Stellung und seiner Ergänzung durch andere Strafbestimmungen) sowie v. Bar MagfDR. 4 16 (der Dieb könne die vom Gesetze geforderte Absicht der rechtswidrigen Zueignung in der Art nicht haben, daß er durch die Wegnahme die Sache sich im jurist. S. zueignen wolle, die wirkliche Absicht könne vielmehr nur die sein, daß er in Folge der Wegnahme faktisch die Rolle des Eigenthümers spielen, d. h. daß sein Vermögen vergrößert werde).

Ebensowenig ist endlich die Absicht, das Vermögen des Anderen zu verringern oder zu verletzen, ein Thatbestandsmoment nach Maßgabe der bestehenden positiven Gesetzgebung; so v. Buri GS. 33 420; aM. John ZfStRW. 1 260, Diebst. sei ein Vermögensverbr., bei welchem die vorsätzliche Beschädigung oder Verletzung fremden Vermögens als ein selbstverständliches Thatbestandsmoment aufgefaßt werden müsse; ebenso: Hälschner 2 303, v. Wächter S. 414, v. Bar aO. S. 16, 20.

Verhältniß des Diebstahls zu anderen strafb. Hdlgen. N. 36—38.

36 a) Was das Verhältniß des Diebst. zu anderen strafb. Hdlgen betrifft, so kommen von letzteren namentl. diejenigen in Betracht, die an sich den Thatbestand des Diebst. erfüllen, jedoch in Folge des Hinzutritts eines weiteren Momentes derartig privilegirt sind, daß sie unter den Diebstahlsbegriff des Abschn. 19 nicht mehr fallen. Wenn die an sich die Annahme eines Diebst. rechtfertigenden Feststellungen, insbs. hinsichtlich des Diebstahlsobjektes und des Ortes der That, die Möglichkeit eröffnen, daß eines der „besonderen" Gesetze betroffen sein könne, so muß im Zweifel das mildere Gesetz zur Anwendung kommen (RG. II 18. Dez. 83 R. 5 793), d. h. die Anwendung der Diebstahlsstrafen ist nicht gerechtfertigt, falls nicht die Feststellungen in ihrer Gesammtheit die Nichtanwendbarkeit des besonderen Gesetzes ergeben; RG. II 26. Apr. 81 R. 3 249 (btr. PrFFPG.), Berlin 1. Juni 72, 12. Juni 74, 20. Feb., 11. Apr. 78, O. 13 328, 15 399, 19 83, St. 8 180 (btr. PrFPO. bzw. PrHDG.). Hiernach ist auch zur Verneinung des strafverminb. Umst. eine Mehrheit von $^2/_3$ der Stimmen erforderlich; so, außer dem cit. RG. 18. Dez. 83, ferner III 28. Jan. 82 E. 5 404 (btr. § 370^5).

b) Während aus dem StGB. selbst in dieser Beziehung § 370^5 (der zu vergleichen) zu nennen ist, kommen weiter die durch EG. § 2_2 (das. N. 10a, b) in Kraft erhaltenen „besonderen Gesetze", insoweit diese Hdlgen, die an sich unter den Diebstahlsbegriff fallen, mit Strafe bedrohen, also namentl. die Holz- (Forst) Diebstahls- sowie die Forst- u. Feldpolizeigesetze, in Betracht. Aus der Praxis sind folgende mit Bezug auf solche ergangene Entscheidungen hervorzuheben:

I. btr. Bayerisches Recht. Es ist für anwendbar erachtet:

α. das BayerForstG. v. 28. März 1852 bzw. 26. Sept. 79 bei Entwendung von gefälltem, aber noch nicht zum Verkaufe oder Verbrauche zugerichtetem Holze; RG. I 4. März 86 E. 13 383;

β. das BayerPolStGB. v. 26. Dez. 1871 beim zum Zwecke der Entwendung erfolgenden Ausreißen von Pflanzen in einem Garten, insbs. einem Vorgarten vor einem städtischen Hause; RG. I 3. Juli 84 R. 6 497; ferner bei Entwendung von Bäumen, welche außerhalb

eines Forstes stehen, gleichviel welchen Werth dieselben haben, dsgl. von Baumstützen, welche zur Unterstützung von Bäumen auf freiem Felde (Acker) nicht blos bestimmt, sondern in befestigtem Zustande wirklich verwendet und folglich Pertinenzen des Baumes sind; München 12. Mai, 13. Juni 73, 6. Feb. 74, 23. Nov. 75, St. **2** 321, 354, **3** 339, **5** 348.

Dagegen wurden unter Ausschluß des qu. PolStGB. die Diebstahlsvorschriften angewendet bei Wegnahme von Weinbergspfählen aus Weingärten; **RG.** I 27. Sept. 88 E. **18** 128;

II. btr. das Braunschw. PolStGB. v. 27. Nov. 1872; die Anwendung desselben wurde für ausgeschlossen erachtet bei Entwendung von Früchten aus Schobern, Mieten und Gruben auf dem Felde; Wolfenbüttel 14. Apr. 74 St. **4** 162.

Bedenklich erscheint es, wenn Wolfenbüttel 27. Okt. 71 St. **1** 134 „kleine Felddiebstähle, welche nicht Nahrungsmittel für Menschen, sondern Viehfutter ꝛc. zum Gegenstande haben", für straffrei ansieht, da sie weder im RStGB. noch durch ein braunschw. Landesgesetz mit Strafe bedroht seien; denn das EG. § 2_2 steht der Anwendung des § 242 nur dann entgegen, falls nach besonderen Vorschriften eine strafb. Verletzung der Forst- u. Feldpolizeigesetze ꝛc. vorliegt; fehlt eine solche Vorschrift, so greift beim Vorliegen des Diebstahlsthatbestandes § 242 Platz;

III. btr. Preußisches Recht. Es ist für anwendbar erachtet:

α. das PrFDG. bei Entwendung von Baumstämmen, die, ohne vom Boden getrennt worden zu sein, zu Merkzeichen hergerichtet worden sind; **RG.** II 5. Okt. 83 E. **9** 72; bei Entwendung stehender Weidenruthen von Anpflanzungen auf Anlandungen der Flußufer, sofern die Anlandungen die Eigenschaft der im § 1 FDG. bezeichneten Grundstücke hätten; **RG.** IV 25. Okt. 89 E. **20** 11 (PrFFPG. § 18 sei unanwendbar, da die Anlandungen nach der thatſ. Feststllg. nicht unter die daſ. namhaft gemachten Orte zu rechnen seien);

β. das PrFFPG. bei Entwendung von Bäumen und Strauchwerk im Werthe bis zu 10 M. auf Grundstücken, welche nicht hauptsächlich zur Holznutzung bestimmt waren, ohne Unterschied, ob eine Abtrennung bereits erfolgt war oder nicht, ob die Bäume ꝛc. eine regelmäßig wiederkehrende Nutzung gestatteten oder nicht; **RG.** III 1. Juni 81 E. **4** 268; bei Entwendung von Blumen ꝛc. von einer Grabstätte, falls thatsächlich festgestellt wird, daß der Friedhof (bzw. das Grab) nach den konkreten Verhältnissen als Gartenanlage aufzufassen ist; **RG.** I 26. Okt. 82 E. **7** 190, III 15. Jan. 83 R. **5** 30.

Dagegen sind, unter Ausschluß des qu. FFPG., die Diebstahlsvorschriften angewendet: bei Entwendung geernteter Feldfrüchte, welche sich zur dauernden Aufbewahrung in Mieten auf dem Felde befanden bzw. nach dem Einreißen und Ausdrusch des Stakens, in dem sie zur Einheimsung aufbewahrt wurden, auf dem Felde belassen waren (**RG.** II 7. Feb. 82, 2. Nov. 83, E. **5** 385, **9** 163), bei Wegnahme einer Quantität Dünger von einem auf dem Felde zusammengefahrenen großen Düngerhaufen (**RG.** IV 16. Dez. 90 E. **21** 245),

während die Frage, ob der Uferbesitzer durch die Wegnahme und Aneignung von Weiden, welche auf einer auf Grund des § 5 des PrStrombauverwaltgsG. v. 20. Aug. 1883 für den Staat in Besitz u. Benutzung genommenen Anlandung an eine strombauliche Anlage gewachsen sind, in allen Fällen einen Diebst. oder einen nach dem FDG. strafb. Forstdiebst. begehe, nach Maßgabe der bisherigen Feststellungen von **RG.** IV 25. Jan. 89 E. **18** 436 unentschieden gelassen werden mußte (ganz abgesehen davon, ob nicht Eigenthum des Uferbesitzers an den Weiden anzunehmen war, so daß ev. nur § 289 Platz greifen würde; ſ. o. N. 10 b);

IV. btr. das Kgl. Sächs. ForststrafG. v. 30. Apr. 1873; dasselbe wurde für anwendbar erklärt bei unbefugter Wegnahme von Harz, welches an Waldbäumen ohne Zuthun des Thäters ausgeflossen war; **RG.** III 5. Juli 83 E. **9** 60.

c) Was das Verhältniß zu den gegen unbefugte Gewinnung von Mineralien gerichteten Strafbestimmungen betrifft, so haben, unter Ausschluß des § 2 des PrG. v. 26. März 1856 über die Bestrafung unbefugter Gewinnung u. Zueignung von Mineralien, die Diebstahlsvorschriften Anwendung zu finden auf die unbefugte Aneignung von Mineralien aus Halden; **RG.** IV 2. Okt. 88 E. **18** 188.

Bezüglich des PrG. v. 22. Feb. 1867 btr. die Bestrafung der unbefugten Aneignung von Bernstein ist anzunehmen, daß dasselbe nur in Kraft geblieben sei, soweit es gegen das fiskalische Gewinnungsrecht gerichtete Hdlgen (vgl. Abschn. 25 N. 2a), nicht aber soweit es die diebische Aneignung des dem Grundstückseigenthümer gehörigen Bernsteins (N. 5a) mit Strafe bedroht; denn eine solche Aneignung ist Diebst., dessen Materie das StGB. geregelt hat; die bezügliche Strafvorschrift des PrG. würde daher nur in Kraft geblieben sein, wenn sie als eine „besondere" im EG. § 2_2 „namentlich" aufgeführt worden wäre, was nicht geschehen ist; aM. **RG.** IV 25. Nov. 87 R. **9** 656, welches sich freilich mit dieser Frage nicht speziell beschäftigt. Nimmt man übrigens an, daß, dem Wortlaute des Art. IV § 1 des cit. G. entsprechend, der Staat wirklich Eigenthümer des gefundenen Bernsteins sei, so würde Unterschlagg. (§ 246) vorliegen und deshalb die fortdauernde Geltung des Gesetzes überhaupt zu verneinen sein.

37) Das Verhältniß des Diebst. kommt ferner in Betracht:

a) Zum § 133; ist der „Gegenstand" der Beiseiteschaffung eine „fremde Sache", so tritt Idealkonk. (§ 73) ein, wenn die Hdlg. gleichzeitig eine Wegnahme in der Absicht rechtswidriger Zueignung darstellt; so: **RG.** BS. II, III 19. Dez. 87 E. **17** 103, John HH. **3** 185, H. Meyer S. 839, v. Schwarze N. zu § 133_2. Vgl. noch §§ 246, 350.

b) Zum § 137; Diebst. und Arrestbruch können in Idealkonk. mit einander treten; wenn jedoch der Dieb die ihm abgenommene und beschlagnahmte Sache wieder wegnimmt, in der Absicht, über dieselbe als Eigenthümer zu disponiren, so wird hierin meist nur ein Bestreben, wieder in die Lage vor der Beschlagnahme zu kommen (s. o. N. 33) und somit eine Verwirklichung des früheren diebischen Vorsatzes herbeizuführen, zu erkennen, folglich die Annahme eines neuen Diebst. ausgeschlossen sein; so **RG.** I 11. Okt. 80 E. 2 318.

c) Zum § 168; handelt es sich um eine Leiche, die Gegenstand des Verkehrs geworden ist (N. 7), so ist Idealkonk. für ausgeschlossen zu erachten u. § 242 findet ausschließlich Anwendung (vgl. § 168 N. 2d). Andererseits aber liegt Konkurrenz vor, wenn mit einer nicht im Verkehr seienden, im Gewahrsam eines Berechtigten stehenden Leiche Sachen weggenommen werden, die entweder an der Leiche selbst oder im Sarge bzw. Grabe o. Grabgewölbe sich befinden; namentl. ist im Falle stattgefundener Bestattung eine Dereliktion jener Gegenstände nicht anzunehmen (N. 9), während sie ferner im „Gewahrsam eines Anderen", sei es des Friedhofseigenthümers, sei es des Besitzers des Grabgewölbes stehen; so die GM., insbs. das N. 9 cit. Dresden 24. Aug. 74; aM. einerseits Binding Normen 2 553 N. 798 u. Dickel Diebst. S. 25, welche Dereliktion annehmen, sowie v. Liszt S. 439, der es für Thatfrage erachtet, ob Dereliktion eingetreten sei, andererseits Rotering GS. **35** 360, **38** 294, der das Bestehen eines Gewahrsams an solchen Gegenständen, namentl. seitens der Friedhofsverwaltung, bestreitet.

d) Zum § 223; zwischen Diebst. u. Körperverlzg. kann Idealkonk. stattfinden; vgl. einerseits §§ 223 N. 6b, 223a N. 5_2 aE., andererseits o. N. 6_2, 23_3.

e) Zum SprengstoffG. § 9; Idealkonk. kann stattfinden, da der Thatbestand des § 9 mit dem Augenblicke der Besitzergreifung erfüllt ist; **RG.** IV 8. Dez. 85 E. **13** 145.

f) Ferner sind zu vergleichen die: §§ 246 (N. 1, 19), 249 (N. 10c), 252 (N. 10), 274, 289, 291, 292 ff., 303, 367^1, $370^{2.4.6}$.

38) Für die Frage, ob eine einheitliche Hdlg. oder eine Mehrheit selbständiger Hdlgen (§ 74) vorliege, wird beim Diebst. — und ebenso bei der Unterschlgg. (§ 246) — weil diese Delikte nicht gegen die Persönlichkeit (vgl. dagegen § 73 N. 10 II a), sondern vielmehr gegen übertragbare Vermögensrechte gerichtet sind, mit Recht allgemein angenommen, daß die Einheit der in ihrem Eigenthum verletzten Person nicht die unumgängliche Voraussetzung der Einheitlichkeit der Hdlg. bilde. Entscheidend wird man vielmehr dasjenige Kriterium zu erachten haben, durch welches der Diebst. von anderen Deliktsarten derselben Gattung sich unterscheidet, d. h. den Bruch des fremden Gewahrsams; vgl. Bünger ZfStRW. 8 674 f.

Einfacher Diebstahl. N. 39—42.

39) Der § 242 enthält den in den N. 3—38 dargestellten Thatbestand des technisch (vgl.

§ 244₁) sog. einfachen Diebstahls im Gegensatz zu dem im § 243 behandelten schweren Diebst. Wegen des einfachen Diebst. im wiederholten Rückfalle s. §§ 244, 245.

Der „Versuch" des einfachen Diebst. ist im Abs. 2 für strafbar erklärt, obgleich der Diebst. begrifflich die Vollendung der Zueignung nicht erfordert (N. 24 sowie § 43 N. 28 b).

Vollendet ist der Diebstahl, sobald die „Wegnahme" der Sache (N. 21 ff.) erfolgreich ausgeführt ist. Ob das der Fall, unterliegt wesentlich thatsächlicher Beurtheilung (N. 25). In der Praxis wurde z. B., unter Verneinung eines bloßen Versuchs, vollendeter Diebst. angenommen: bei Wegnahme eines Koffers von einem Wagen und Hinterlegung desselben an einem dem Beschädigten unbekannten, wenn auch in dem Hause, in welchem er sich aufhielt, befindlichen Ort; bei Wegschaffung von Getreide aus einem Magazin auf einem vor demselben haltenden Wagen; Berlin 5. Nov. 73, 10. Apr. 74, O. 14 681, 15 225.

Da die Wegnahme der Sache sich meist in einem einzigen Akt vollzieht, so liegt es in der Natur der Sache, daß für den Begriff des Versuchs beim einfachen Diebstahl nur eine beschränkte Anwendbarkeit besteht; Hälschner 2 304, Merkel HRl. „Diebst." S. 528 u. HH. 3 667. Immerhin ist ein Versuch des einf. Diebst. denkbar und ist ein solcher anzunehmen, wenn von dem Thäter in der Absicht, sich eine fremde bewegl. Sache rechtswidrig anzueignen, mit der Handlung des Wegnehmens begonnen ist; so RG. IV 21. Okt. 84 R. 6 641, während H. Meyer S. 659 weitergehend auch bei solchen Hdlgen Versuch annimmt, durch welche noch nicht ein Anfang mit der Wegnahme, wohl aber mit der Zueignung gemacht wird. Ob eine straflose Vorbereitungshdlg. oder das Vorhandensein eines Anfangs der Wegnahme anzunehmen, ist wesentlich Sache der thatsächlichen Feststellung; gefunden worden ist ein solcher in dem Ausstrecken des Armes nach dem btr. Objekt; RG. II 9. Juli 80 R. 2 179. Besonders augenfällig ist der Anfang des Wegnehmens, wenn die zu stehlende Sache erst „beweglich" (N. 4) o. zu einer im Eigenthum stehenden Sache (N. 6₂) gemacht werden muß; v. Schwarze N. 19 A. 6. Möglich ist übrigens auch der Fall eines sog. beendigten Versuchs (§ 46 N. 6), der namentl. dann eintreten kann, wenn der Thäter die Wegnahme durch einen Dritten bzw. ein Thier (s. o. N. 23₃) bewerkstelligen wollte; so Cohn Versuch 1 456; aM.: Hälschner aO., Dickel Diebst. S. 45 N. 3.

Möglicher Weise kann hiernach schon in dem Oeffnen eines unverschlossenen Behältnisses, insbs. in dem Oeffnen und unbefugten Betreten eines unverschlossenen Zimmers mit der Absicht, dort zu stehlen, ein Diebstahlsversuch gefunden werden, dann nämlich, wenn nach der konkreten Sachlage die Eröffnung des Behältnisses die Voraussetzung der Vollführung der Wegnahme bildete und gleichzeitig nach den gegebenen Verhältnissen in jener Handlung der rechtswidrige Wille des Thäters für genügend „objektivirt" zu erachten war; RG. II 13. Jan. 82 R. 4 44, Berlin 20. Feb. 74, 26. Apr. 76, O. 15 106, 17 282.

Wegen Diebstahlsversuchs an einem untauglichen bzw. bei fehlendem Objekte vgl. § 43 N. 20 f.

40) Wegen Mitthäterschaft vgl. § 47 N. 4 ff. sowie wegen der Möglichkeit einer für den einen Mitthäter als Diebst., für den anderen als Mundraub sich qualifizirenden Mitthäterschaft § 370[5].

Wegen Anstiftung, insbs. Excesses über den Vorsatz des Anstifters hinaus, vgl. § 48 N. 16. Wegen Beihülfe, insbs. durch Unterlassung, vgl. § 49 N. 12.

41) Die Hauptstrafe des vollendeten Verg. ist Gefängniß von 1 T.—5 J. (§ 16); wegen VdbER. vgl. § 248.

Der Versuch (N. 39) wird nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 bestraft.

Wegen Strafantrag und Strafausschließung vgl. § 247.

42) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67₂ in fünf Jahren.

Zuständig ist, wenn der Werth des Gestohlenen 25 M. nicht übersteigt (§ 47 N. 32), **SchöffenG.**, sonst, insbs. in allen Fällen, wo dieser Werth nicht festgestellt werden kann (namentl. im Falle des Versuchs; § 44 N. 13), **Strafk. bzw. SchöffenG.**; GVG. §§ 27[4], 73[1], 75[6].

§. 243.

Auf Zuchthaus bis zu zehn Jahren ist zu erkennen, wenn

1) aus einem zum Gottesdienste bestimmten Gebäude Gegenstände gestohlen werden, welche dem Gottesdienste gewidmet sind;
2) aus einem Gebäude oder umschlossenen Raume mittels Einbruchs, Einsteigens oder Erbrechens von Behältnissen gestohlen wird;
3) der Diebstahl dadurch bewirkt wird, daß zur Eröffnung eines Gebäudes oder der Zugänge eines umschlossenen Raumes, oder zur Eröffnung der im Innern befindlichen Thüren oder Behältnisse falsche Schlüssel oder andere zur ordnungsmäßigen Eröffnung nicht bestimmte Werkzeuge angewendet werden;
4) auf einem öffentlichen Wege, einer Straße, einem öffentlichen Platze, einer Wasserstraße oder einer Eisenbahn, oder in einem Postgebäude oder dem dazu gehörigen Hofraume, oder auf einem Eisenbahnhofe eine zum Reisegepäck oder zu anderen Gegenständen der Beförderung gehörende Sache mittels Abschneidens oder Ablösens der Befestigungs- oder Verwahrungsmittel, oder durch Anwendung falscher Schlüssel oder anderer zur ordnungsmäßigen Eröffnung nicht bestimmter Werkzeuge gestohlen wird;
5) der Dieb oder einer der Theilnehmer am Diebstahle bei Begehung der That Waffen bei sich führt;
6) zu dem Diebstahle Mehrere mitwirken, welche sich zur fortgesetzen Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden haben, oder
7) der Diebstahl zur Nachtzeit in einem bewohnten Gebäude, in welches sich der Thäter in diebischer Absicht eingeschlichen, oder in welchem er sich in gleicher Absicht verborgen hatte, begangen wird, auch wenn zur Zeit des Diebstahls Bewohner in dem Gebäude nicht anwesend sind. Einem bewohnten Gebäude werden der zu einem bewohnten Gebäude gehörige umschlossene Raum und die in einem solchen befindlichen Gebäude jeder Art, sowie Schiffe, welche bewohnt werden, gleich geachtet.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter drei Monaten ein.

PrStGB. §§ 217[6], 218[1—4, 6, 7], 220—224. Entw. I §§ 217[6], 218[1—4, 6, 7], 220—222, II § 238.
Vgl. §§ 244 Abs. 1, 250[4].

1) Der § 243 behandelt den technisch (vgl. § 244$_1$) sog. schweren Diebstahl (wegen eines anderen Falles des qualifizirten Diebstahls vgl. § 252). Der Thatbestand des schweren Diebst. ist nicht vollständig wiedergegeben, vielmehr zum Theil ersetzt durch eine mittels der Ausdrücke „gestohlen, Diebstahl, Dieb" geschehende Verweisung auf den Thatbestand des einfachen Diebst. aus § 242 (vgl. deshalb das. N. 1—38), während im übrigen unter den Nr. 1—7 nur die straferhöhenden Umstände i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 hervorgehoben werden.

Wegen schweren Diebstahls im wiederholten Rückfalle vgl. §§ 244, 245.

Zu § 243 Nr. 1. N. 2—4.

2) Die Gründe für die Straferhöhung im Falle der Nr. 1 liegen einerseits in der Beschaffenheit (N. 3), andererseits in dem Aufbewahrungsorte (N. 4) des Diebstahlsobjektes.

3) „Gegenstände, welche dem Gottesdienste gewidmet sind," bilden das erforderliche Objekt.

Wegen „Gottesdienst" vgl. § 167 N. 2a; da das Gesetz keinerlei Beschränkung beifügt, so erachtet die GM. es mit Recht für gleichgültig, ob es um öffentlichen oder privaten Gottesdienst, desgleichen, ob es um den Gottesdienst einer mit Korporationsrechten versehenen oder irgend einer anderen Religionsgesellschaft sich handele.

Daß die „Gegenstände", womit lediglich „bewegliche Sachen" (§ 242 N. 4) gemeint sind, geweihte oder gesegnete (konsekrirte oder benedicirte) im kirchenrechtl. S. (vgl. Richter-Kahl Kirchenr. S. 1305) seien, wird nicht erfordert; Geyer 2 46 v. Liszt S. 444, H. Meyer S. 662, v. Wächter S. 422. Es ist vielmehr nur nothwendig, daß sie der ihnen gegebenen Bestimmung gemäß unmittelbar zur Ausübung des Gottesdienstes dienen, daß sie somit zum Rituale bestimmt sind, sei es, daß **mit** ihnen, oder **an** ihnen gottesdienstliche Verrichtungen vorgenommen werden; Berner S. 548, Hälschner 2 315, Merkel HH. 3 674, v. Liszt, H. Meyer aO., Schütze S. 434, F. Meyer N. 3, Oppenh. N. 12, Rubo N. 7, v. Schwarze N. 4. Wann solches der Fall sei, ist naturgemäß nur nach den Grundsätzen der btr. Religionsgemeinschaft zu entscheiden; Hälschner aO., v. Kirchmann N. 1. Hiernach fällt keineswegs das gesammte Inventar der gottesdienstlichen Gebäude unter jenen Begriff, namentl. auch nicht die sog. Sammelstöcke; v. Liszt aO. Keinesfalls gehören zu den „dem Gottesdienste gewidmeten Gegenständen" die für den Gebrauch einzelner den Gottesdienst Besuchenden bestimmten Gegenstände, mögen sie auch nicht blos (wie z. B. Fußdecken) zu profanen Zwecken, sondern (wie Gebet- und Gesangbücher) der Andachtsverrichtung während des Gottesdienstes dienen.

Die Ansicht von Blum N. 2, daß die dem Gottesdienste gewidmeten Gegenstände „in Niemandes Privateigenthum" ständen, ist falsch, da alsdann an ihnen Diebst. nicht würde begangen werden können (vgl. § 242 N. 6).

4) „**Aus einem zum Gottesdienste bestimmten Gebäude**" muß der in N. 3 bezeichnete Gegenstand gestohlen worden sein.

Ein „Gebäude" (N. 11—14) ist zum „Gottesdienst" (N. 3) „bestimmt", wenn es thatsächlich dem Zwecke des Gottesdienstes dient; vgl. § 166 N. 16b sowie: Geyer 2 46, Hälschner 2 314, Merkel HH. 3 674, H. Meyer S. 662, Schütze S. 434. Ein Gebäude, dessen zukünftige Bestimmung ist, dem Gottesdienste zu dienen — also z. B. eine Kirche, die noch nicht nach kathol. Kirchenrecht konsekrirt oder nach protest. Rechte dedicirt ist (Richter-Kahl Kirchenr. S. 1307 f.), — ist nicht gemeint; vgl. Schütze aO. („eine bereits u. noch benutzte Baulichkeit").

Die Präposition „aus" deutet an, daß der gestohlene Gegenstand in dem Gebäude sich befunden haben muß (**RG.** I 11. Jan. 83 E. 7 419), während keineswegs erfordert wird, daß auch der Dieb in dem Gebäude sich aufhielt; so die GM., insbs. Jena 29. Okt. 73 St. 4 167 (btr. Nr. 2). Daraus folgt zunächst, daß auch dann, wenn der Diebst. bereits **in** dem Gebäude vollendet wurde, der erschwerende Umstand vorliegt, und daß dazu keineswegs die Entfernung des Diebstahlsobjektes **aus** dem Gebäude erforderlich ist; ein „in" dem Gebäude gestohlener Gegenstand ist jedenfalls auch „aus" demselben gestohlen; so: Berlin 27. Sept. 71, 20. Apr. 72, O. 12 466, 13 271, Hälschner 2 315, Oppenh. N. 11, Rüd.-St. N. 8; aM. Rubo N. 8, 10. Daraus folgt ferner (was namentl. für Nr. 2 von Wichtigkeit), daß der Dieb auch Bewohner (bzw. Mitbewohner) des Gebäudes sein kann; cit. **RG.** 11. Jan. 83, H. Meyer S. 662 N. 13.

Ist nicht ein ganzes Gebäude, sondern nur ein Theil desselben zum Gottesdienst bestimmt, so findet Nr. 1 Anwendung, sobald aus diesem Theile gestohlen wurde; es ist dieses dem Sinne der Bestimmung nach anzunehmen, wenn auch der Wortausdruck insofern ein mangelhafter ist, als er die Bestimmung des ganzen Gebäudes zum Gottesdienste zu verlangen scheint; so: Hälschner 2 314, Oppenh. N. 8; aM. Rubo N. 6.

Zu § 243 Nr. 2. N. 5—27.

5) Die **Gründe für die Straferhöhung** im Falle der Nr. 2 liegen einerseits in dem Aufbewahrungsorte des Diebstahlsobjektes (N. 6—15), andererseits in der „die schwere besondere Geflissentlichkeit und Hartnäckigkeit des Diebes" (so die Motive) darthuenden Art und Weise der Ausübung des Diebst. (N. 16—27).

6) „Aus einem Gebäude oder umschlossenen Raum" muß gestohlen worden sein. Wegen des „aus" vgl. o. N. 4₃ sowie u. N. 24. Nach dem dort Bemerkten liegt der straferhöh. Umst. nicht vor, wenn eine Sache, welche in einem mit dem Innern des Gebäudes nicht in Verbindung stehenden Schaukasten sich befindet, gestohlen wird (Oppenh. N. 23), während es Thatfrage sein wird, ob Sachen, die in einem, einen öffentlichen Durchgang bildenden Hausflur eines Gebäudes aufgestellt sind, als „im" Gebäude befindlich anzusehen seien; Dresden 1. Apr. 78 St. 8 188.

Wenn auch die Begriffe „Gebäude" und „umschlossener Raum" als koordinirte neben einander gestellt sind, so daß bezüglich ihrer eine alternative Feststellung unbedenklich zuläßig (§ 47 N. 29; vgl. auch RG. II 19. Feb. 84 E. 10 103, welches bei vorliegender Feststellung eines Diebst. aus einem „Gebäude" die Revision zurückwies, weil ein solcher aus einem „umschlossenen Raum" vorgelegen) und keineswegs das Gebäude als eine Spezies des letzteren erscheint (richtig Rubo N. 5), so ist es doch praktisch, zunächst den Begriff des „umschlossenen Raumes" (N. 7—10) und dann erst den des „Gebäudes" (N. 11—15) zu erörtern.

7) „Umschlossener Raum" ist ein begrenzter Theil der Erdoberfläche. Die Entstehungsgeschichte der Nr. 2 (ursprünglich Nr. 3) des PrStGB. § 218 (Goltd. Mat. 2 478) deutet darauf hin, daß „umschlossener Raum" i. S. dieser Bestimmung nur als ein begrenzter Theil der Erdoberfläche habe verstanden werden sollen, und schloß dieser Auffassung auch die PrPraxis sich an (vgl. Oppenh. PrStGB. § 221 N. 7). Wenn auch bei der Redaktion des RStGB. von einer Wiederholung der im PrStGB. § 221₂ gegebenen Definition des umschlossenen Raumes abgesehen und dadurch in gewisser Beziehung eine materielle Abänderung herbeigeführt wurde (N. 8), so lag doch dieselbe auf einem anderen Gebiete und berührte die vom PrStGB. vorausgesetzte Beschaffenheit des umschlossenen Raumes als eines bestimmten Theiles der Erdoberfläche nicht. Daß hier eine Aenderung beabsichtigt worden, ergeben die Materialien nicht, vielmehr bestätigt gerade die Gegenüberstellung der Begriffe „umschlossener Raum" und „Behältniß" in der Nr. 2, daß jene Beschränkung des ersteren Begriffes hat beibehalten werden sollen. So: RG. III 21. Jan., 18. Dez. 80, 25. (23.?) Apr. 81, R. 1 252, 2 649, E. 4 164, II 19. Feb. 84, I 8. Apr. 86, E. 10 103, 14 226, Geyer 2 46, Hälschner 2 316, v. Liszt S. 445, Merkel HRl. „Diebst." S. 528 u. HH. 3 675, v. Kirchmann N. 2, 3₂, Oppenh. N. 18, Puchelt N. 2, Rüd.-St. N. 11. AM. H. Meyer S. 664, jeder umschlossene Aufenthaltsraum, nicht nothwendig ein Theil der Bodenfläche.

Hiernach ist ein Schiff o. ein abgeschlossener Theil eines solchen kein „umschlossener Raum"; so: RG. III 24. Sept. 81, 7. Juni 83, E. 4 433, 8 364; aM. H. Meyer aO.

Ob der begrenzte Theil der Erdoberfläche sich, wie z. B. bei einem Bergwerksschacht, auch unter dieselbe erstreckt, ist gleichgültig; so RG. III 12. März 81 E. 3 411, 19. Feb. 84 (s. o.) sowie v. Schwarze N. 7, der deshalb auch verlangt, daß der Raum ein Theil der „Erdfläche", nicht unbedingt der „Erdoberfläche", sei.

Daß die durch eine Umschließung begrenzte Fläche Einem Eigenthümer gehöre, ist nicht nothwendig; so können z. B. verschiedenen Eigenthümern gehörige Gärten, die unter sich nicht o. nicht vollständig getrennt sind, dennoch „einen umschlossenen Raum" bilden; RG. III 21. Mai 85 R. 7 320, Dresden 19. Jan. 72, Berlin 4. Okt. 77, St. 1 354, 7 314.

8) Ein weiteres positives Moment des umschlossenen Raumes ist, daß die Umschließung desselben die Absicht des Eigenthümers der Erdfläche erkennen lassen muß, das Eindringen Unberechtigter in sein Besitzthum abzuhalten und zwar durch Bereitung eines nicht ganz unerheblichen Hindernisses. So die GM., insbs.: RG. III 12. März 81 E. 3 411, FS. 29. Aug. 82 R. 4 695, III 16. Apr. 83 E. 8 273 (ein Wildgarten werde nur dann zu einem umschlossenen Raum, wenn die umschließende Vorrichtung auch die Eigenschaft eines schützenden Hindernisses gegen das willkürliche Eindringen Unberechtigter habe), II 19. Feb. 84 E. 10 103, III 20. Okt. 84 R. 6 637 (ein Raum zum Schutze und zur Sicherheit der darin befindlichen Gegenstände in der Weise geeignet, daß die Art der Umschließung dem Eindringen Unbefugter nicht ganz unerhebliche Hindernisse, wirkliche Schwierigkeiten entgegensetze), Berlin OAG. 20. Apr. 72, OTr. 12. Nov. 78, St. 1 283, O. 19 526, auch Dresden 6. Okt. u. 29. Dez. 73, St. 3 343, 4 166, von denen das letztere richtig bemerkt, daß das Hinderniß nicht „unüber-

windbar" sein müsse, das erstere aber, mit sich selbst in gewissem Widerspruche, nicht für erforderlich erachtet, daß das Hinderniß nur „mit Schwierigkeit oder Gewalt" überwindbar sei.

Das RStGB. hat die Definition des PrStGB. § 221$_2$, wonach „ein Raum umschlossen ist, wenn man in denselben nur durch den Gebrauch von Schlüsseln oder durch Einbrechen oder Einsteigen gelangen kann", nicht aufgenommen, weil der Begriff des umschlossenen Raumes dem gem. Leben angehöre. Es hat dieses die Folge, daß der Begriff, über dessen Vorliegen der Richter der Schuldfrage zu urtheilen hat, als ein absoluter nicht wird aufgefaßt werden können, daß vielmehr ein Raum nur relativ mit Rücksicht auf bestimmte Personen als ein umschlossener gelten kann; Rubo N. 13. „Umschlossen" (vgl. „eingeschlossen" im § 366[7]) ist sonach nicht identisch mit „verschlossen" oder „ringsum geschlossen"; vielmehr ist ein befriedigter Raum auch trotz eines unverschlossenen Einganges einer bestimmten Person gegenüber ein „umschlossener", wenn dieselbe entweder keine Kenntniß davon hatte, daß ein unverschlossener Eingang vorhanden sei, oder wenn sie denselben trotz beiwohnender Kenntniß zu gebrauchen sich behindert sah, sei es, weil derselbe beobachtet wurde (z. B. durch einen Portier), sei es, weil er durch ein bewohntes Haus führte, seine Benutzung also leicht zur Entdeckung führen konnte. Einer anderen Person gegenüber, welche den offenen Eingang frei passiren konnte, würde derselbe Raum als ein umschlossener nicht zu erachten sein. So im wesentlichen: **RG.** III 18. Dez. 80 R. **2** 649 (das Vorhandensein unverschlossener Eingänge, die nicht für Jeden sichtbar offen ständen, schließe den Begriff nicht aus), FS. 29. Aug. 82 (s. o.), II 28. Nov. 82 E. **7** 262, Hälschner **2** 316, Merkel HRl. „Diebst." S. 528 u. HH. **3** 675, H. Meyer S. 664, Oppenh. N. 21, v. Schwarze N. 2, 7, 8, während die citt. Dresden ein nur zeitweiliges Offenstehen einer gewöhnlich verschlossenen Thür für derartig unerheblich erachten, daß es genüge, wenn der Dieb an einer Stelle eingedrungen sei, an welcher er ohne das Mittel des Einsteigens nicht eindringen konnte. AM. einerseits Blum N. 5 u. Rubo N. 13, welche einen ringsum geschlossenen oder verschlossenen Raum erfordern, dieser, ohne die Konsequenz seiner oben gedachten richtigen Ansicht zu ziehen, andererseits **RG.** II 19. März 86 E. **13** 423, welches den durch geeignete Vorrichtungen kundgegebenen W i l l e n, das Besitzthum gegen das Eindringen Unbefugter zu schützen, für a l l e i n entscheidend erachtet; deshalb sei der Umstand, daß in den Raum eine Thür führe, welche z. Z. des Diebst. unverschlossen war, ungeeignet, die Eigenschaft des Umschlossenseins zu beseitigen; nur wenn der Zugang überhaupt unverschließbar u. ohne Schwierigkeit zu benutzen sei oder, obwohl verschließbar, fortwährend o. doch regelmäßig sichtbar offen stehe, könne nach Lage des Falles gefolgert werden, daß der Inhaber des Raumes jenen Willen nicht gehabt o. nicht durch geeignete Vorrichtungen erkennbar gemacht habe.

Ist die Umschließung des Raumes eine solche, daß sie vermöge ihrer Beschaffenheit dem Eindringen eine wirkliche Schwierigkeit entgegensetzt, so kommt es nicht darauf an, daß die Umschließung mit dem Erdboden fest verbunden und somit u n b e w e g l i c h ist; **RG.** III 21. Jan. 80 R. **1** 252, 19. Feb. 84 (s. o.), I 8. Apr. 86 E. **14** 226, Rüd.-St. N. 11, v. Schwarze N. 7; auch nicht darauf, ob der umschlossene Theil der Erdoberfläche u n b e d e c k t oder mit irgend einer B e d e c k u n g v e r s e h e n ist; cit. **RG.** 8. Apr. 86.

Aus dem Zwecke der Umschließung ergiebt sich, daß ein Raum erforderlich ist, welcher das Eintreten eines Menschen (von normaler Größe) gestattet; so **RG.** II 28. Nov. 82, 19. Feb. 84, E. **7** 262, **10** 103, III 29. Jan. 83 R. **5** 71, I 8. Apr. 86 (s. o.).

9) Ein n e g a t i v e s E r f o r d e r n i ß des umschlossenen Raumes ist, daß der begrenzte Theil der Erdfläche weder ein Gebäude selbst (N. 11—14), noch ein Theil eines solchen sei; letzteren begreift das StGB. mit unter den „Behältnissen" (N. 22); auch zeigt die Nebeneinanderstellung mit „Gebäuden", daß das StGB. den umschlossenen Raum in einem e. S. versteht, nämlich von einem Raum, der, wie ein Gebäude, nach außen hin umschlossen ist; so: **RG.** I 23. Feb. 80 E. **1** 216, Dresden 1. Dez. 71 St. **1** 179, Haager GS. **30** 502, Rüd.-St. N. 11, v. Schwarze N. 9; aM.: Jena 30. Okt. 72 St. **2** 181, Blum N. 5, Merkel HH. **3** 675 („umschlossener Raum innerhalb eines Gebäudes").

10) In wesentlicher Uebereinstimmung mit den in N. 7—9 entwickelten Grundsätzen ist für einen „umschlossenen Raum"

I. einerseits erachtet:

eine aus Latten und Brettern konstruirte und mit Leinwand, welche durch Nägel und Stricke befestigt war, umkleidete Marktbude; nach Lage der konkreten Umstände ein Bergwerksschacht; eine ca. 200 kg schwere, unzerlegt bewegliche Bretterhütte, deren 4 Pfosten in einem mit dem Erdboden nicht verbundenen, den Boden bedeckenden Holze steckten; **RG.** III 21. Jan. 80, 12. März 81, R. **1** 252, E. **3** 411, I 8. Apr. 86 E. **14** 226;

ein durch eine Wasserfläche, einen Wasserlauf oder trockenen Graben von einer das Eindringen hindernden oder erschwerenden Breite umgrenzter Raum; eine verschließbare, mit dem Erdboden verbundene Bretterhütte eines Obstwächters; Dresden 27. Mai 72, 17. Aug. 77, St. **2** 105, **7** 313;

ein Raum, welcher durch einen Flußlauf begrenzt wird, mag auch des letzteren zeitweilige Tiefe ein Durchwaten gestatten; Berlin 12. Nov. 78 O. **19** 526;

II. andererseits nicht erachtet:

ein sog. Künstlerwagen, weil nicht ein Theil der Erdoberfläche abgegrenzt sei; **RG.** III 25. (23.?) Apr. 81 E. **4** 164;

ein auf einem in der Erde befestigten Pfahle ruhender Taubenschlag von so kleiner Dimension, daß er nur ein Hineingreifen mit der Hand gestattete; **RG.** II 28. Nov. 82 E. **7** 262;

ein Hof, dessen Thüren regelmäßig und auch zur Zeit der That offen standen; ein durch einen während längerer Zeit zugefrorenen Mühlgraben begrenzter Holzhof; eine Hütte, deren Thür mit einer Schließvorrichtung überhaupt nicht versehen war — in allen Fällen, weil eine dem Eintritt Unbefugter Schwierigkeiten bereitende Umschließung fehlte; Berlin 23. Sept. 75, Dresden 5. Mai 71, 20. Dez. 75, St. **5** 355, **1** 90, **6** 305.

11) „Gebäude" ist ein, weil mit dem Grund und Boden — der Erdoberfläche — in fester Verbindung stehendes, in seiner Gesammtheit unbewegliches (§ 242 N. 4) Bauwerk; so: **RG.** III 25. (23.?) Apr. 81, II 19. Feb. 84, E. **4** 164, **10** 103, Geyer **2** 46, Hälschner **2** 317, v. Liszt S. 445, Merkel HRl. „Diebst." S. 528 u. HH. **3** 675, F. Meyer N. 5, Oppenh. N. 13, 14; aM.: H. Meyer S. 664 N. 19, Rubo N. 5 u. Rüd.-St. N. 10, welche die Unbeweglichkeit nicht für ein Merkmal erachten; v. Schwarze N. 6 verlangt zwar dauernde, aber nicht feste Verbindung mit dem Erdboden. Die durch die Schwere des Bauwerks hergestellte Verbindung ist für genügend anzusehen; so: cit. **RG.** 19. Feb. 84, Geyer, Hälschner, v. Liszt aO. Dagegen erscheint die — von v. Schwarze geforderte — dauernde Verbindung nicht erforderlich, da der gem. Sprachgebrauch auch Bauwerke, welche, wie Cirkus- und Ausstellungsgebäude, nur vorübergehenden Zwecken dienen, als „Gebäude" bezeichnet, und weder aus der Entstehungsgeschichte, noch aus dem Wortlaute des Gesetzes ein Anhalt für die Annahme sich ergiebt, daß dasselbe mit dem Ausdruck einen anderen als den gewöhnlichen Sinn habe verbinden wollen; so cit. **RG.** 19. Feb. 84. Ein „Haus" (§§ 366[7], 367[12], 368[4]) ist jedenfalls ein „Gebäude".

Schon hiernach sind „Schiffe" keine Gebäude, ganz abgesehen davon, daß einerseits im Falle der Nr. 7 die ausdrückliche Gleichstellung eines bewohnten Schiffes mit einem bewohnten Gebäude für nothwendig erachtet worden ist, und andererseits im § 250[4] auf den im § 243[7] aufgestellten Begriff des „bewohnten Gebäudes" verwiesen wird; so die GM., insbs.: **RG.** III 24. Sept. 81 E. **4** 433, Berlin OAG. 10. Mai 71, OTr. 19. Apr. 72, St. **1** 14, **2** 51; aM.: Lübeck 20. Juli 72 G. **21** 119, Rüd.-St. N. 10.

12) Der Begriff des „Gebäudes" unterscheidet sich, außer durch das Requisit der Unbeweglichkeit (N. 8_3, 11), von demjenigen des „umschlossenen Raumes" in Folgendem:

a) Zunächst ist nicht nothwendig, daß das „Gebäude" eine solche Baulichkeit sei, wodurch ein Theil der Erdoberfläche bedeckt wird (N. 7); es braucht mit dem Erdboden nicht unbedingt mittels Verdeckung einer Fläche in Verbindung zu stehen (so z. B. eine gewisse Art von Windmühlen); so **RG.** II 28. Nov. 82 E. **7** 262; aM. Hälschner **2** 317, es müsse ein umschlossener Theil der Erdoberfläche sein.

b) Während der umschlossene Raum einen anderen Zweck als die Abhaltung Unbefugter nicht erfordert (N. 8), freilich, ohne nothwendig andere Zwecke auszuschließen (**RG.** III 12. März 81 E. **3** 411), so ist die Zweckbestimmung eines „Gebäudes" gleichzeitig eine

positive: der Schutz von Menschen, Thieren oder Sachen; Hälschner 2 317; vgl. auch **RG.** III 12. März 81, II 19. Feb. 84, E. **3** 411, **10** 103. Die Erfüllung dieses Zweckes bedingt, daß das Bauwerk mit einer Bedachung versehen sei; so Dresden 20. Dez. 75 St. **6** 305 u. Rubo N. 5, während v. Schwarze N. 6 dieselbe für gleichgültig erklärt. Ob ein „Neubau" als ein Gebäude zu erachten sei, wird hiernach davon abhängen, ob derselbe schon mit einem Dach versehen ist oder nicht.

13) Während im § 306² dem „Gebäude" die „Hütte" zur Seite gestellt wird, geschieht hier ein Gleiches nicht. Daraus ist zu folgern, daß für den Thatbestand des § 243² eine „Hütte" nur insofern in Betracht kommt, als sie unter den Begriff eines Gebäudes fällt oder wenigstens als „umschlossener Raum" sich darstellt. Eine begriffliche Gleichstellung der Hütten mit den Gebäuden hat der Gesetzgeber aber nicht gewollt; Dresden 20. Dez. 75 St. **6** 305. Hiernach ist für den Thatbestand des § 243² nicht von Erheblichkeit, ob etwas als „Hütte" zu bezeichnen sei, sondern vielmehr, ob es unter den Begriff eines „Gebäudes" (bzw. eines umschlossenen Raumes) falle; da nun die Zweckbestimmung eines Gebäudes (N. 12b) in noch höherem Maße wie der umschlossene Raum (N. 8) einen das Eintreten eines Menschen gestattenden Umfang erfordert, so hat **RG.** II 28. Nov. 82, 19. Feb. 84, E. **7** 263, **10** 103 mit Recht einer „Hundehütte", trotz Mauerung, den Charakter eines Gebäudes ebensowohl abgesprochen wie einem gemauerten Backofen.

14) Die Praxis anbetreffend, so hat Berlin 23. Jan. 74 St. **3** 344 mit Recht Anstand genommen, einen „Keller" ohne nähere Feststellung seiner Beschaffenheit als ein „Gebäude" aufzufassen, da erfahrungsmäßig „Höhlungen und Vertiefungen über der Erde und in derselben" als Keller benutzt würden, solche aber nicht einmal durch jeden künstlichen Abschluß, sondern nur durch „bauliche" Nachhülfen zu Gebäuden würden.

Verneint wurde die Eigenschaft als „Gebäude":

bei Schächten und Stollen eines Bergbaues mit Rücksicht auf die Zweckbestimmung der Aufsuchung und Gewinnung nützlicher Mineralien; **RG.** III 12. März 81 E. **3** 411;

bei sog. Künstlerwagen (s. o. N. 10II);

bei Bauwerken, die, mit Rücksicht auf ihre Kleinheit, die geringe Dauerhaftigkeit des verwendeten Materials, den Mangel einer dauernden Zweckbestimmnng, als „Hütten" anzusehen waren; Dresden 20. Dez. 75, 17. Aug. 77, St. **6** 305, **7** 313.

15) Für die Frage, ob ein oder mehrere Gebäude anzunehmen seien, ist weder entscheidend, daß die verschiedenen Räumlichkeiten unter einem Dache sich befinden, noch, daß ein Raum besonders verschlossen ist und nach seiner wirthschaftlichen Bestimmung zu einer abgesonderten Benutzung dienen soll, sondern es ist vielmehr nach der Auffassung des gem. Lebens, von welcher das StGB. ersichtlich nicht abgewichen ist, ein nach seiner äußeren Erscheinung und inneren Einrichtung als ein einheitliches Ganzes sich darstellendes Bauwerk als Ein Gebäude anzusehen; **RG.** II 16. Jan. 83 E. **8** 102.

16) Mittels (N. 25—27) Einbruchs (N. 16—18, 21), Einsteigens (N. 19—21) oder Erbrechens von Behältnissen (N. 22—24) muß gestohlen worden sein.

„Einbruch" ist die gewaltsame Aufhebung des Zusammenhanges der äußeren Umschließung eines Gebäudes oder umschlossenen Raumes (s. jedoch u. N. 17).

Dem Begriffe des Einbruchs wohnt das Moment der Gewalt, d. h. also der Anwendung physischer Kraft in nicht ganz unerheblichem Maße (§ 113 N. 23a), nothwendig bei (vgl. § 122 N. 8). So die GM., insbs.: **RG.** II 27. Apr. 80, III 1. Juni 81, 10. Dez. 85, II 5. Juli 81, R. **1** 684, **3** 361, E. **13** 200, **4** 353 (welche die „Anwendung von Gewalt", einen „körperlichen Kraftaufwand", eine „Kraftanstrengung" verlangen), Jena 29. Okt. 73 St. **4** 167, Berlin 29. Jan. 79 O. **20** 50.

Wie groß das Maß der Kraftanwendung gewesen sein müsse, um „Einbruch" anzunehmen, unterliegt der Entscheidung des Einzelfalles; so: citt. **RG.** 1. Juni 81, 10. Dez. 85, Berlin 29. Jan. 79. Für die aus der konkreten Sachlage zu entnehmende nähere Bestimmung wird aber lediglich der zu überwindende sachliche Widerstand in Betracht kommen; man wird demgemäß anzunehmen haben, daß die willkürliche Durchbrechung einer in ordnungsmäßigem Zustande befindlichen Umschließung auch dann als ein — gewaltsamer —

Einbruch zu erachten sei, wenn die Kraftanwendung bei der Natur des Abschlußmittels (z. B. bei einem Gazefenster, einem die Eingangsthür zuhaltenden Bindfaden) nur eine verhältnißmäßig geringfügige zu sein brauchte; RG. FS. 27. Juli 86 R. 8 536 (es könne dabei die Körperkraft durch Benutzung eines Werkzeuges, dessen Schneide die Trennung bewirke, ersetzt werden), H. Meyer S. 666 N. 30, Oppenh. N. 27. Wurde aber nicht einmal dieses Maß von Kraft erfordet, weil das Abschlußmittel bereits durch besondere Einflüsse (z. B. Witterung, häufigen Gebrauch 2c.) in seiner natürlichen Festigkeit herabgesetzt war, so wird ein „Einbruch" nicht anzunehmen sein; übereinstimmend damit verneinte das cit. Berlin das Vorliegen der Gewalt bei dem mit geringer Anstrengung verbundenen Abbiegen eines Scheunthorflügels, an welchem eine Angel fehlte; so im wesentlichen auch Rüd.-St. N. 12, während Puchelt N. 2 „schon im Hinblick auf die sehr hohe Strafe" eine „unbedeutende Kraftanstrengung" nicht für ausreichend hält und Merkel HRl. „Einbr." u. HH. 3 676 N. 8 den gem. Sprachgebrauch für maßgebend erachtet, so daß die Verneinung des Einbruchs beim Eindrücken einer Papierscheibe nicht als rechtsirrthümlich anzusehen sei; ähnlich erachtet Hälschner 2 317 für entscheidend, ob die i. c. angewendete Gewalt eine solche Hartnäckigkeit erkennen lasse, wie sie das qualifizirende Moment bilde.

17) Streitig ist, ob der Begriff des Einbruchs durch die in N. 19 angegebenen Erfordernisse erschöpft werde, oder ob nur eine solche gewaltsame Aufhebung des Zusammenhanges der Umschließung als „Einbruch" anzusehen sei, welche eine Zerstörung oder wenigstens eine Beschädigung der Umschließung mit sich führe. Hierfür spricht nicht nur, daß das Qualifikationsmoment dadurch eine klare Abgrenzung erlangt, sondern namentl. auch die Wortbedeutung selbst, die auf eine bloße Aufhebung des Zusammenhanges der Umschließung ohne Verletzung derselben nicht anwendbar erscheint; für die Richtigkeit dieser Auffassung spricht endlich der Umstand, daß fast ohne jeden Widerspruch (vgl. z. B. RG. III 27. Apr. 81 R. 3 251; aM. freilich Puchelt § 303 N. 3 u. jetzt auch RG. IV 29. Okt. 86 E. 15 12) das Delikt der Sachbeschädigung (§ 303), soweit dieselbe als Mittel des Diebst. gebraucht wird, als durch den schweren Diebst. „mittels Einbruchs" für konsumirt erachtet wird, weil derselbe begrifflich den Thatbestand der Sachbeschädigung in sich schließe (vgl. § 73 N. 14a) — eine Auffassung, die zweifellos unrichtig sein würde (aM. freilich Hälschner 2 317, weil die gewaltsame Beseitigung des Verschlusses stets, auch ohne Substanzverletzung, als „Beschädigung" zu erachten sei), falls ein Einbruch auch ohne Beschädigung denkbar wäre; so: v. Liszt S. 445, Merkel HRl. „Einbr." u. HH. 3 675 N. 6, 676, F. Meyer N. 11 u. § 250 N. 6, v. Schwarze N. 13 u. § 250 N. 8. Die dem entgegenstehende GM. erfordert dagegen zum Einbruch (und ebenso zum Erbrechen; s. u. N. 23) nur, daß das der Wegnahme der Sache durch den Verschluß des Gebäudes (bzw. des Behältnisses; N. 22) entgegengestellte Hinderniß überhaupt mit Gewalt überwunden werde, sei es durch eine Verletzung der Substanz des Verschlußmittels oder ihres mechanischen Zusammenhanges; demgemäß wird namentl. das obschon ohne Beschädigung bewirkte Ausheben eines verschlossenen Thorflügels für Einbruch erachtet, desgleichen das ebenso erfolgende Auseinanderbiegen der Flügel eines verschlossenen Thores; so: RG. III 1. Dez. 80, 1. Juni 81, 10. Dez. 85, R. 2 589, 3 361, E. 13 200, II 5. Juli 81 E. 4 353, FS. 27. Juli 86, I 23. Juni 87, R. 8 536, 9 381, Geyer 2 46, H. Meyer S. 665, auch Oppenh. N. 26, abgesehen von dem letzten Punkte (Auseinanderbiegen). Das cit. RG. 1. Juni 81 spricht sogar dahin sich aus, daß „durch eine gewaltsame Trennung der fest zusammengefügten, vielleicht nur durch ihre Schwerkraft mechanisch untereinander verbundenen selbständigen Bestandtheile einer Vorrichtung eingebrochen werde", während noch RG. I 21. Okt. 80 E. 2 371 einen Einbruch da verneinte, „wo der vom Diebe aufgehobene Zusammenhang der Umschließung lediglich durch das Gesetz der Schwere hergestellt und mit dem Aufhören der Kraftanstrengung ohne weiteres wieder vorhanden ist" (wie z. B. bei einem sog. Schobendach, dessen einzelne Schobenlagen nur an den oberen Theilen befestigt sind).

18) Der Einbruch in dem entwickelten S. bedingt nicht, daß der Thäter selbst den Eintritt in das Gebäude, aus welchem gestohlen wird, nehme; es genügt, wenn er in die hergestellte Oeffnung mit seinen Händen oder auch nur mit Instrumenten hineinlangt und so die Sache wegnimmt (vgl. o. N. 6 bzw. 43); so die GM., insbs. Jena 29. Okt. 73 St. 4 167.

19) „Einsteigen" ist derjenige Eintritt in ein Gebäude oder einen umschlossenen Raum, welcher dadurch genommen wird, daß der Einsteigende, unter Ueberwindung des dem Eindringen durch die Umschließung entgegenstehenden Hindernisses, durch Benutzung einer Oeffnung oder eines freien Raumes, welcher für den Eintritt nicht bestimmt ist, seinen Körper der Abschlußvorrichtung anbequemt, ohne dieselbe beschädigen zu wollen. So im wesentlichen die GM. Vor Allem muß die vom Thäter gewählte Oeffnung ꝛc. nicht zum Eintritt bestimmt sein, während das Einsteigen dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß der Eintritt durch dieselbe Oeffnung in besonderen Fällen auch vom Berechtigten genommen wird; so wurde Einsteigen

I. angenommen: beim Eintritt durch einen unterhalb einer Thür befindlichen, zum Eintritt nicht bestimmten Spalt, bzw. mittels einer Leiter auf den Heuboden behufs Stehlens aus einem Stalle, weil auf diese Weise der regelmäßige Eingang zwar auf den Boden, nicht aber in das Haus bzw. den Stall genommen wurde; **RG.** III 13. März 80 **R. 1** 470, I 15. Juni 82 **E. 6** 350; bzw. durch eine zum Eintritt nicht bestimmte Oeffnung in der gemeinschaftlichen Giebelwand; durch eine Dachluke, wenn auch dieselbe vom Eigenthümer zuweilen neben einem regelmäßigen Eingange zum Eintritt benutzt wurde; Berlin 7. Juni 72, 3. Juli 74, St. **2** 52, **4** 167;

II. verneint: beim Eintritt durch den oberen Raum eines Nebengebäudes mittels einer zum regelmäßigen Zugang bestimmten Leiter; **RG.** III 9. Juni 80 **R. 2** 46; bzw. durch die in Folge Auseinanderbiegens der Scheunthorflügel bewirkte Spalte, weil das Scheunthor zum Eintritt bestimmt ist; **RG.** II 5. Juli 81 **E. 4** 353.

Wesentlich ist ferner, daß ein sachliches Hinderniß zu überwinden sei; fehlt ein solches, indem z. B. in Folge einer Lücke in der Einwandung lediglich die nur 2 Fuß hohe Grundmauer zu überschreiten war, so liegt ein Einsteigen nicht vor; der erkennbare Zweck einer Einfriedigung, Andere abzuhalten, reicht nicht hin; so die GM., insbs.: **RG.** III 13. März 80, 14. Mai 81, **R. 1** 470, **4** 175, IV 2. Jan. 85, 24. Jan. 90, **R. 7** 10, **E. 20** 209, II 5. Juni 85 **R. 7** 348 (der Begriff des Einsteigens setze jedenfalls die Ueberwindung eines entgegenstehenden Hindernisses voraus), Dresden 19. Jan., 6. Aug. 72, St. **1** 354, **2** 103, Mannheim 1. März 73 BadA. **29** 136. Die zu überwindende Schwierigkeit muß in der Natur, der Lage, dem Größenverhältnisse ꝛc. der Oeffnung selbst bestehen; deshalb kommt eine vorbereitende Thätigkeit, durch welche vor der Oeffnung lagernde Hindernisse, z. B. Steine, hinweggeräumt werden, nicht in Betracht; **RG.** III 21. Jan. 86 **E. 13** 257.

Liegen diese Erfordernisse vor, so kommt es nicht darauf an, ob das Eintreten in den Raum als ein Steigen (Aufsteigen oder Absteigen) sich darstellt; so: cit. **RG.** 5. Juni 85 (eine steigende Thätigkeit der Füße werde nicht mit Nothwendigkeit verlangt), II 8. Okt. 86 **R. 8** 601 (gleichgültig, ob der Eingang durch Steigen, Springen, Sichhinablassen o. Kriechen bewirkt werde), Dresden 10. Mai 75 St. **5** 354; aM. Hälschner **2** 319, es werde immer ein Steigen in dem S. erfordert, daß ein vermöge der Höhe oder Tiefe entgegenstehendes Hinderniß zu überwinden sei. Insbs. hat dann auch ein Einkriechen (Hindurchkriechen) als Einsteigen zu gelten; so die citt. **RG.** 13. März 80, 2. Jan. 85, 21. Jan., 8. Okt. 86 u. Dresden 6. Aug. 72; ferner: Jena 8. Juni 71, Dresden 22. Feb. 78, St. **1** 179, **8** 188, v. Liszt S. 445, H. Meyer S. 665; aM.: **RG.** III 12. Apr. 82 **E. 6** 187, Geyer **2** 47, Hälschner **2** 320, Haager GS. **30** 493.

20) Das Einsteigen erfordert, abweichend vom Einbruch (N. 18), daß der Thäter selbst seinen Eintritt in das Gebäude genommen habe, was allerdings schon beim Betreten des Innern mit auch nur einem Fuße anzunehmen ist (so: Blum N. 8, Haager GS **30** 492; aM. v. Schwarze N. 17); es wird dieses durch die Wortbedeutung selbst bedingt, denn ein bloßes Hineinlangen in das Gebäude, nach vorherigem Auf- oder Absteigen, kann sprachlich als ein Einsteigen nicht bezeichnet werden. So die GM., insbs. **RG.** III 14. Mai 81 **E. 4** 175, München 25. Apr. 74 **St. 4** 51. AM.: Mannheim 20. Sept. 73 St. **3** 115 (nach vorherigem Hinansteigen genüge das Hineinschieben des größten Theiles des Körpers, wenn auch die Füße draußen geblieben seien), Schütze S. 437, H. Meyer S. 665 N. 26, Oppenh. N. 33, welche letztere beiden das Eindringen mit einem Körpertheile für genügend halten,

falls dadurch der Schwerpunkt in das Innere des Gebäudes gebracht werde, während Haager GS. **30** 492 diese Theorie „wegen ihrer Unbestimmtheit" bekämpft und, außer dem Einsteigen „auch nur mit einem Fuße, auch das Hineinlangen nur mit dem Oberkörper" für genügend hält.

21) Wenn das RStGB. neben den mittels Einbruchs o. Einsteigens aus einem Gebäude oder umschlossenen Raum verübten Diebst., in Abweichung vom PrStGB. noch ausdrücklich den Fall des Diebst. „mittels Erbrechens von Behältnissen" hervorgehoben hat, so ist dieses, ausweislich der Motive, geschehen, weil durch die Nr. 2 der im § 223 des PrStGB. gegebenen Definition

„Einbruch ist vorhanden:

2. wenn der Thäter im Innern eines Gebäudes in entsprechender Weise Thüren, Wände, Eingänge oder Durchgänge, Schränke, Kisten oder andere Behältnisse eröffnet."

der Begriff des Einbruchs in einer Weise ausgedehnt war, die sprachlich bedenklich erschien. Hiernach ist anzunehmen, daß der „Einbruch" in ein Gebäude o. in einen umschlossenen Raum von außen her geschehen sein muß, während ein im Innern bewirktes „Brechen" als „Erbrechen eines Behältnisses" aufzufassen ist; so die GM.; aM.: Haager GS. **30** 501, Hälschner **2** 319, Merkel HRl. „Einbr." u. HH. **3** 676, H. Meyer S. 665 N. 29, Puchelt N. 2.

Anders liegt die Frage beim „Einsteigen". Die Entstehungsgeschichte der Nr. 2 nöthigt hier nicht dazu, dasselbe lediglich auf den von außen her bewirkten Eintritt zu beziehen; im Gegentheil zwingt die Erwägung, daß das Stehlen „mittels Brechens" strafbar ist, mag dasselbe „von außen her" als „Einbruch" oder im Innern als „Erbrechen" geschehen, zu der Annahme, daß auch das „Einsteigen", sowohl wenn es von außen her in das Gebäude, als auch wenn es innerhalb desselben in eine seiner Abtheilungen stattfindet, als Straferhöhungsgrund wirken solle. So: Jena 30. Okt. 72, München 4. Feb. 78, St. **2** 181, **8** 185, Mannheim 7. Apr. 77 BadA. **43** 212, Haager GS. **30** 501, Hälschner **2** 321, Merkel HRl. „Einst." u. HH. **3** 676, H. Meyer S. 665, Puchelt N. 2, v. Schwarze N. 17 A. 4 (wenn in einem Hause selbständige und völlig getrennte Abtheilungen beständen). AM.: **RG**. III 9. Juni 80 R. **2** 46, II 16. Jan. 83 E. **8** 102 (ORA. entgegen; R. **5** 31), Berlin 7. Juni 72, Stuttgart 24. Dez. 74, St. **2** 52, **4** 364, Oppenh. N. 33, Rüd.-St. N. 17.

Darüber besteht kein Streit, daß ein Einsteigen dann vorliege, wenn der Dieb aus einem selbständigen Gebäude in ein anderes einstieg, weil dann auch nach der letzteren Ansicht ein Einsteigen von außen stattfindet, während ein Einsteigen „aus dem Freien" nicht erfordert wird; so die citt. **RG**. 9. Juni 80, 16. Jan. 83, Berlin 7. Juni 72 (letzteres btr. den Eintritt durch eine gemeinschaftliche Giebelwand); ferner: **RG**. I 20. Dez. 80 E. **3** 173, Dresden 29. Sept. 71 St. **1** 119.

22) Erbrechen von Behältnissen erfordert zunächst eine nähere Bestimmung dessen, was unter „Behältnissen" zu verstehen sei.

„Behältniß" ist, abgesehen von „Gebäuden u. umschlossenen Räumen", jede verschließbare zur Aufnahme von Sachen bestimmte Räumlichkeit, sei es, daß dieselbe eine selbständige bewegliche Sache darstellt, sei es, daß sie einen abgesonderten Theil eines Gebäudes oder umschlossenen Raumes bildet. Diese Ausdehnung des Begriffes auf Theile eines Gebäudes rechtfertigt sich in Hinsicht auf den für die Aufnahme jener Qualifikation maßgebend gewesenen Grund (N. 21). Andererseits würde auch nicht verständlich sein, wie das Gesetz den Diebst. mit Anwendung falscher Schlüssel in Nr. 3 würde haben qualifiziren können, nicht aber denjenigen Diebst., der im übrigen an denselben Gegenständen mittels Einbruchs geschieht. So: **RG**. I 23. Feb. 80, III 5. Dez. 89, E. **1** 216, **20** 165, II 24. Feb. 82 R. **4** 193, Dresden 1. Sept. 73, Stuttgart 29. Apr. 74, 20. Jan. 75, St. **3** 341, **4** 50, 365, Berlin 1. Nov. 78 O. **19** 510, Geyer **2** 47, Oppenh. N. 38, Rubo N. 18, v. Schwarze N. 22. AM.: Jena 30. Okt. 72 St. **2** 181, Mannheim 7. Apr. 77 BadA. **43** 212, Hälschner **2** 318, v. Liszt S. 445, Haager GS. **30** 501, auch wohl Merkel HRl. „Diebst." S. 528 u. HH. **3** 677, welche selbständige Abtheilungen im Innern eines Gebäudes, wie Zimmer rc., nicht für Behältnisse erachten (wohl aber Wandschränke).

Was speziell die beweglichen Behältnisse betrifft, so kann dem von Merkel aO. auf-

gestellten Erfordernisse, daß der Verschluß die Sache „allseitig" decken müsse, nicht unbedingt beigestimmt werden; es erscheint vielmehr genügend, wenn der Verschluß derartig ist, daß er die Sache gegen äußere Einflüsse bzw. Eingriffe zu schützen geeignet ist, mag auch der zu verwahrende Gegenstand an einzelnen Theilen sichtbar sein. Ob jenes der Fall sei, wird wesentlich der konkreten Beurtheilung unterliegen.

In der Praxis ist für ein „Behältniß" erachtet worden:

ein Koffer, ein Sack, eine Kiste, ein Taubenschlag auf dem Boden eines Hauses; RG. III 29., I 24. Mai 80, III 12. März 81, II 24. Feb. 82, R. **1** 832, E. **2** 64, **3** 411, R. **4** 193; ein Waarenballen von Leinewand, ein mit ringsum fest vernähter Packleinewand umhüllter und mit Stricken fest verschnürter Waarenballen; Dresden 5. Juni 71, 1. Apr. 78, St. **1** 90, 8 188;

während die Eigenschaft als „Behältniß" einer aus starkem Papppapier bestehenden und mehrfach versiegelten Umhüllung einer Chatoulle abgesprochen wurde; München 2. Dez. 72 St. **2** 182;

nicht erachtet worden: eine Federn einschließende Zeughülle, weil dieselbe kein „Aufbewahrungsgeräthschaft" sei, sondern mit den Federn zusammen ein Bettstück bilde; cit. RG. 5. Dez. 89.

23) „Erbrechen" korrespondirt mit „Einbruch" (N. 16, 17), und erscheint die Behauptung von Merkel, HH. **3** 677, daß das „Brechen" in jenem bestimmter accentuirt sei als in diesem nicht gerechtfertigt; Hälschner **2** 319. Ob ein „Erbrechen" anzunehmen sei, beurtheilt sich deshalb unter entsprechender Anwendung der bezüglich des „Einbruchs" geltenden Grundsätze, weshalb auch dieselben Kontroversen wiederkehren.

Mit Recht hat die Praxis ein „Erbrechen" angenommen:

beim Aufschneiden (Zertrennen) eines zugebundenen Sackes bzw. der ihn umhüllenden Stricke bzw. eines mit Leinewand umhüllten Postpacketes; RG. III 29. Mai 80, FS. 27. Juli 86, R. **1** 832, 8 536, Dresden 5. Juni 71, 1. Apr. 78, St. **1** 90, 8 188; bei Entfernung der Verlöthung eines Gasrohrs; RG. I 2. Okt. 84 E. **11** 117; bei gewaltsamer Verletzung der Verschlußmittel eines Behältnisses; Dresden 1. Sept. 73 St. **3** 341; beim gewaltsamen Loslösen der Latten eines Verschlages; Stuttgart 29. Apr. 74 St. **4** 50;

zu Unrecht dagegen beim Oeffnen einer verschlossenen Schrankthür ohne jede Beschädigung; Berlin OAG. 7. Juni 71 St. **1** 37;

verneint wurde ein „Erbrechen" beim Durchschneiden des ein Fenster zuhaltenden Bindfadens; Stuttgart 20. Jan. 75 St. **4** 365.

24) Das Erbrechen des Behältnisses muß innerhalb des Gebäudes o. umschlossenen Raumes stattfinden; denn das Erbrechen soll das Stehlen aus einem Gebäude vermitteln, was nicht der Fall sein würde, wenn das Behältniß aus dem Gebäude, sei es in diebischer Absicht oder nicht, herausgeschafft und erst draußen erbrochen worden wäre. So außer den Motiven: RG. I 11. Jan. 83 E. **7** 419, Berlin 2. Okt. 72, 3. Okt. 77, St. **2** 104, O. **18** 617, Geyer **2** 47, v. Liszt S. 445, Merkel HRl. „Diebst." S. 528 u. HH. **3** 677, Oppenh. N. 41, Rüd.-St. N. 18, v. Schwarze N. 11. AM.: Schütze S. 436 N. 13, Puchelt N. 2. Wie es übrigens gleichgültig ist, in welchem Raume des Gebäudes bzw. Theile des umschlossenen Raumes das Behältniß erbrochen wird, so erscheint es auch unerheblich, ob das Erbrechen in dem zum Gebäude gehörigen umschlossenen Raume (so RG. III 3. Nov. 84 E. **11** 208) oder umgekehrt in einem mit dem umschlossenen Raume im Zusammenhange stehenden Gebäude erfolgt.

Weder durch den Wortlaut noch durch den Gedanken des Gesetzes wird erfordert, daß das Behältniß vollständig innerhalb der Außenwände des Gebäudes sich befinde; RG. I 2. Okt. 84 E. **11** 117 (Erbr. des in ein Gebäude führenden Rohres der öffentl. Gasleitung).

Das Erbrechen des Behältnisses im Innern des Gebäudes 2c. bedingt nicht nothwendig, daß auch der Thäter im Gebäude sich befinde (N. 6 bzw. 4 a).

25) „Mittels" Einbruchs 2c. ist nur dann gestohlen, wenn der Einbruch zu dem Zwecke des beabsichtigten Diebst. vorgenommen und der beabsichtigte konkrete Diebst. selbst demnächst unter Benutzung eben dieses Einbruchs ausgeführt wurde; fehlt eine der beiden

Voraussetzungen, so ist der Einbruch nicht das „Mittel" des Diebst. gewesen. Die Zufügung des Merkmals der „diebischen Absicht", welches in Nr. 7 ausdrücklich hervorgehoben ist, war hier deshalb entbehrlich, weil der „Einbruch" rc. durch das Wort „mittels" in unmittelbare Verbindung mit dem Stehlen gebracht und dadurch genügend angedeutet ist, daß der Dolus schon dem Qualifikationsmomente beiwohnen müsse. So die GM., insbs.: **RG.** III 23. Juni 80, 25. Mai 81, I 9. Apr. 85, R. **2** 102, **3** 327, **7** 218, VStS. 7. Juli 86 E. **14** 312, Berlin 21. März 78 St. **8** 184. Eine abweichende Meinung vertritt Merkel HH. **3** 678 dahin, daß die Hdlg. vom Thäter „zum Behufe Stehlens", nicht aber daß sie „speziell mit Rücksicht auf die bestimmte in Frage stehende Entwendung" erfolgt sein müsse.

Während **RG.** I 19. März 88 R. **10** 253 das Vorliegen der Nr. 2 bejahte, weil die Thäter den Verschluß selbst, wenn auch nicht die Art desselben, kannten, demnächst nach gewaltsamer Beseitigung auch wußten, daß das Verschlußmittel zerstört worden sei, und trotzdem die diebische Absicht ausführten, so ist andererseits mit Recht das Vorliegen der Nr. 2 verneint:

wenn der Entschluß, einen Diebst. zu begehen, erst nach dem zu einem anderen Zwecke erfolgten Einbruch (Einsteigen) gefaßt wurde; **RG.** II 25. März 81 E. **3** 440, III 25. Mai 81 R. **3** 327;

bei Ausführung eines, auf einem neuen Entschlusse beruhenden, Diebst. unter Benutzung einer vom Diebe bei einem früheren Einbruchsdiebstahl hergestellten Oeffnung; Dresden 21. März 78 St. **8** 184. Anders würde es liegen, wenn es um einen „fortgesetzten" Diebstahl (§ 73 N. 6) sich handelte, in welchem Falle der straferhöh. Umst. bei der ganzen That anzunehmen sein würde; **RG.** II 2. Juni 85 R. **7** 341 (der Anfang der Ausführung eines schweren Diebst. lasse sich im Losbrechen von Brettern an einem Gebäude zum Zwecke des Einsteigens und des Stehlens auch dann finden, wenn bei dem Thäter in der Fortführung seiner That eine zeitliche Unterbrechung eintrete). Freilich bewirkt die Benutzung derselben Oeffnung nicht ohne Weiteres, daß die Diebst. als eine fortgesetzte Hdlg. anzusehen seien; so jedoch Merkel aO. Wenn umgekehrt ein Diebst. zunächst als einfacher begonnen ist, z. B. unter Betreten des Gebäudes durch die offene Thür, dann aber mittels Einbruchs rc. fortgesetzt wird, so liegt die Qualifikation der Nr. 2 vor; **RG.** III 12. Juli 83 R. **5** 516.

Mit Recht ist nur Versuch aus Nr. 2, in Idealkonk. mit vollendetem einf. Diebst., in einem Falle angenommen, wo der Thäter in diebischer Absicht ein Behältniß erbrochen, in demselben aber nur einen Schlüssel gefunden hatte, den er nunmehr benutzte, um aus dem Behältnisse, zu dem der Schlüssel gehörte, mittels desselben zu stehlen; Dresden 19. Feb. 75 St. **5** 358.

Für den Diebstahlsvorsatz ist die Konkretisirung der Vorstellung auf bestimmte Diebstahlsobjekte überhaupt unwesentlich; deshalb und da zum subjektiven Thatbestand des schweren Diebst. die „diebische Absicht" genügt (Abs. 1), diese aber auch bei der Uebertr. aus § 370[5], dem sog. Mundraub, vorliegen muß, so ergiebt sich folgender von dem o. bereits cit. **RG.** VStS. 7. Juli 86 E. **14** 312 beschlossener Rechtssatz: „Derjenige, welcher in der Absicht, lediglich Nahrungs- o. Genußmittel von unbedeutendem Werthe o. in geringer Menge zum alsbaldigen Verbrauche zu entwenden, in einem Gebäude ein Behältniß erbricht, demnächst aber in Folge eines nach dem Erbrechen gefaßten neuen Entschlusses Sachen anderer Art aus diesem Behältnisse stiehlt, begeht in dem Falle, wenn eine einheitliche That vorliegt, einen schweren Diebst., dagegen in dem Falle, wenn mehrere selbstständige Hdlgen vorliegen, einen einf. Diebst." (vgl. von früheren Entsch. des **RG.** einerseits III 19. März 81 E. **3** 423, andererseits I 9. Apr. 85 R. **7** 218); so wesentlich in der Annahme eines Diebst.: Wolfenbüttel 14. Nov. 76 St. **7** 120, Rüd.-St. N. 2, v. Schwarze N. 46, bzw. in der Annahme einer Entwendung (§ 370[5]) u. eines einf. Diebst. **RG.** IV 3. Jan. 90 G. **37** 437; aM. dagegen: Dresden 8. März 75 St. **5** 353, Geyer **2** 47 u. ZfStRW. **2** 301, H. Meyer S. 666.

26) Liegen die in N. 25 gedachten Voraussetzungen vor, so ist die Anwendung der Nr. 2 gegeben, wenn auch der Dieb seinen Zweck auf andere Weise als durch Einbruch rc. erreichen konnte; **RG.** II 27. Apr., III 18. Dez. 80, R. **1** 684, **2** 649, Stuttgart 29. Apr. 74 St.

4 50, Merkel HH. 3 678, Oppenh. N. 3, 21. Deshalb kann aus einem Gebäude mittels Einbruchs ꝛc. gestohlen werden, mag dasselbe auch mehrere unverschlossene bzw. sogar unverschließbare Eingänge haben, ja selbst mittels Erbrechens einer Thür, welche nicht verschlossen war bzw. auf welcher der Schlüssel aufsteckte; RG. II 25. Mai 83 R. 5 387. Namentl. kann aber der Umstand auch vorliegen, wenn ein Mitbewohner des Gebäudes selbst der Thäter ist; Oppenh. N. 24, v. Schwarze N. 16. Nur dann dürfte der Qualifikationsgrund zu verneinen sein, wenn die fraglichen Hdlgen an sich nicht rechtswidrig waren, wie z. B. falls der Eigenthümer des Gebäudes ein Fenster zertrümmert, oder falls der Eigenthümer eines Behältnisses, in welchem eigene Sachen zusammen mit fremden aufbewahrt werden, dasselbe, weil er seinen Schlüssel verloren hat, behufs Aneignung der fremden Sachen zerbricht; so Merkel HH. 3 678; aM. v. Schwarze N. 46.

Andererseits kann von Anwendung der Nr. 2 keine Rede sein, wenn der „Einbruch" ꝛc. nicht das Mittel zur Verübung des Diebst. war, sondern nur in Folge desselben vorgenommen wurde, wie z. B. behufs Erlangung eines Zufluchtsortes bzw. zur Sicherung der Beute; Hälschner 2 322, Merkel aO., Oppenh. N. 37.

27) „Mittels" Einbruchs ꝛc. wird auch dann gestohlen, wenn jene Hdlg. nicht direkt zum Diebstahlsobjekte führte, sondern nur indirekt, insofern als durch den Einbruch ꝛc. zunächst der Schlüssel erlangt wurde, mit dem alsdann „aus einem Gebäude o. umschlossenen Raume" gestohlen wurde; RG. III 23. Juni 80 R. 2 102, Dresden 19. Feb. 75 St. 5 358, Geyer 2 47, v. Schwarze N. 2. Rechtlich gleich steht der Fall, daß der Dieb in ein Gebäude einbricht oder einsteigt und hierdurch das Mittel erhält, in ein anderes Gebäude, aus welchem er demnächst stiehlt, ohne Einbruch o. Einsteigen zu gelangen, sei es, daß er den zu dem letzteren Gebäude gehörigen Schlüssel dadurch sich verschafft, sei es, daß er vom ersteren Gebäude in das zweite durch einen ordnungsmäßigen Zugang gelangen kann; vgl. jedoch RG. III 9. Juni 80 R. 2 46, wonach bei der Frage, ob ein Einsteigen von außen vorliege, es sich darum handeln soll, ob der Dieb mittels Steigens in dasjenige Gebäude, aus welchem er demnächst gestohlen hat, eingedrungen ist.

Zu § 243³. N. 28—35.

28) Im Falle der Nr. 3 liegt nur ein Grund für die Straferhöhung vor: die Art und Weise der Ausführung des Diebst. Dagegen ist nicht erforderlich, daß „aus einem Gebäude oder umschlossenen Raum" gestohlen worden sei, so daß z. B. die Qualifikation auch dann vorliegt, wenn der Thäter auf eine unter Nr. 3 fallende Weise des richtigen Schlüssels sich bemächtigt hat, mit welchem er ein außerhalb eines Gebäudes befindliches Behältniß öffnet, aus dem alsdann von ihm gestohlen wird.

29) „Zur Eröffnung (N. 30) eines Gebäudes (N. 11—14) o. der Zugänge eines umschlossenen Raumes (N. 7—10), oder zur Eröffnung der im Innern befindlichen Thüren oder Behältnisse" (N. 22) müssen „falsche Schlüssel o. andere zur ordnungsmäßigen Oeffnung nicht bestimmte Werkzeuge (N. 32—34) angewendet" (N. 31) und der Diebst. „dadurch bewirkt" (N. 35) worden sein.

Daß abweichend von Nr. 2 neben den „Behältnissen" noch die gleichfalls im Innern befindlichen „Thüren" erwähnt werden, dürfte ausschließlich auf einer mangelhaften Redaktion beruhen, indem in Nr. 2 die Modalität „mittels Erbrechens von Behältnissen" zur Verbesserung der Fassung des PrStGB. neu aufgenommen (N. 21), in Nr. 3 aber die an sich ausreichende Fassung des PrStGB. beibehalten wurde, ohne Rücksicht darauf, daß eine völlige Gleichheit mit der Ausdrucksweise der Nr. 2 nicht vorlag.

Wie im Falle der Nr. 2 (N. 24) müssen die Behältnisse bzw. Thüren „im Innern eines Gebäudes oder umschlossenen Raumes" (Oppenh. N. 53) sich befinden.

30) Wenn „zur Eröffnung" eines Gebäudes ꝛc. im Falle der Nr. 3 die Anwendung „falscher Schlüssel oder anderer zur ordnungsmäßigen Eröffnung nicht bestimmter Werkzeuge" erfordert wird, so setzt dieses nothwendig voraus, daß die betreffende Räumlichkeit „verschlossen" sei und zwar durch einen Verschluß, dessen ordnungsmäßige Eröffnung „durch einen Schlüssel oder ein anderes dazu bestimmtes Werkzeug" zu geschehen hat. Der Verschluß muß daher bewirkt sein entweder durch ein Schloß (Berlin OAG. 1. Feb. 73 St. 2

183, Merkel HH. 3 679, Blum N. 11, Oppenh. N. 47, Rüd.-St. N. 19), oder wenigstens durch einen schloßähnlichen Mechanismus, wie z. B. durch einen Riegel, falls derselbe nur von außen ordnungsmäßig durch ein dazu bestimmtes Werkzeug beweglich ist; so RG. IV 4. Juli 84 R. 6 516 (mit der Ausführung, daß eine Schließvorrichtung, welche mit der bloßen Hand dirigirt zu werden pflege, auch dann nicht genüge, wenn zur Eröffnung i. c. ein Werkzeug gebraucht worden sei, weil es ein zur Eröffnung einer solchen Vorrichtung bestimmtes Werkzeug überhaupt nicht gebe), III 10. Dez. 85 E. 13 200, sachlich ferner Hälschner 2 323 N. 1, indem er unter „Schloß" jeden Verschluß versteht, der ordnungsmäßig nur durch ein besonders dazu bestimmtes Werkzeug von außen zu öffnen sei; vgl. dagegen Dresden 23. Apr., 1. Nov. 75, St. 5 359, 6 300 u. v. Schwarze N. 26, die von dieser letzteren Voraussetzung absehen.

31) Durch „Anwendung" eines zur ordnungsmäßigen Eröffnung nicht bestimmten Werkzeuges muß die Eröffnung geschehen sein. Der Gegensatz der Nr. 3 zur Nr. 2 läßt zweifellos die Anwendung von diesen Werkzeugen als „Brechwerkzeugen" ausgeschlossen erscheinen; es handelt sich vielmehr ersichtlich um eine solche Anwendung von Werkzeugen, durch welche der eigenthümliche Mechanismus der Verschlußvorrichtung in Bewegung gesetzt wird; geschieht die Eröffnung mittels eines Werkzeuges auf andere Weise, so wird meist ein „Einbruch" oder „Erbrechen" i. S. der Nr. 2 vorliegen; so: RG. III 10. Dez. 85 E. 13 200, Berlin OAG. 1. Feb. 73 St. 2 183, Hälschner 2 324, v. Liszt S. 446, Oppenh. N. 51, v. Schwarze N. 29. Nicht unbedingt erforderlich erscheint es dabei, daß die Bewegung z. B. eines Schloßmechanismus durch Einführung des Instruments durch das Schlüsselloch in das Schloß herbeigeführt werde, vielmehr genügt auch ein Zurückdrücken des Schloßriegels z. B. durch eine Messerklinge; so Dresden 11. Jan. 75 St. 5 357, während es entschieden zu weit geht, wenn eine Entsch. desselben Gerichts v. 1. Nov. 75 St. 6 300 die Qualifikation auch da annimmt, wo die Eröffnung dadurch herbeigeführt war, daß der Thäter mit der zwischen Deckel und Schloßkasten eingeführten Klinge so lange wuchtete, bis der Deckel dergestalt muldenförmig in die Höhe gebogen wurde, daß der darin befindliche Einschnitt den Schloßriegel nicht mehr faßte.

„Anwendung" i. S. der Nr. 3 findet auch dann statt, wenn der Thäter eines dritten Gutgläubigen zum Oeffnen der Schließvorrichtung sich bedient; RG. I 12. Juli 82 R. 4 689.

32) Zur ordnungsmäßigen Eröffnung „bestimmt" sind solche Werkzeuge, welche von demjenigen, der über den Verschluß der betreffenden Räumlichkeit zu verfügen berechtigt ist, der Eröffnung des Verschlusses dauernd gewidmet sind (N. 4); maßgebend ist dabei lediglich der Zeitmoment, in welchem das Werkzeug zur Eröffnung verwendet wurde; so RG. III 21. Sept. 81 E. 4 414 (vgl. u. N. 34_3). Wer der in der gedachten Beziehung Verfügungsberechtigte sei, kann nur auf Grund aller einschlägigen thatsächlichen Verhältnisse der civilrechtlichen Bestimmungen entschieden werden; keineswegs ist unbedingt der Inhaber der Räumlichkeit der Berechtigte bzw. der Alleinberechtigte; so F. Meyer N. 16; vgl. das cit. RG. („der Eigenthümer bzw. der berechtigte Inhaber"); aM. Oppenh. N. 48.

Jemand, der über einen Schlüssel nicht verfügungsberechtigt ist, kann diesen für ihn fremden Schlüssel zur ordnungsmäßigen Eröffnung eines ihm gehörigen Schlosses nur dann bestimmen, wenn er sich denselben zuvor rechtswidrig aneignete; RG. III 12. Apr. 82 E. 6 157.

33) An ein zur ordnungsmäßigen Eröffnung bestimmtes „Werkzeug" sind die allgemeinen Erfordernisse eines Werkzeuges (§ 117 N. 12a) zu stellen. Wenn Dresden 11. Jan. 75 St. 5 357 davon abstrahiren will, so verkennt dasselbe, daß eine „Eröffnung", wie sie nach den N. 30, 31 hier erforderlich ist, wohl nur durch ein Werkzeug i. e. S. bewirkt werden kann. Abgesehen von den besonders in Betracht kommenden „Schlüsseln" (§ 369[1]) ist in der Praxis als ein solches „Werkzeug" angesehen worden: ein Haken; RG. II 18. Feb. 81 E. 3 360; eine Messerklinge; so das cit. Dresden.

Nach dem oben N. 31 Bemerkten weist diese letztere Entsch. zutreffend die Behauptung zurück, daß als Werkzeug i. S. der Nr. 3 nur ein solches Instrument in Betracht kommen könne, welches gleich einem Schlüssel in das Schloß selbst durch das Schlüsselloch sich einführen lasse.

34) Der Begriff „eines falschen Schlüssels oder eines anderen zur ordnungsmäßigen Eröffnung nicht bestimmten Werkzeuges" ergiebt aus den obigen Ausführungen von selbst sich dahin, daß darunter ein Werkzeug, insbs. ein Schlüssel zu verstehen ist, welcher vom Berechtigten der ordnungsmäßigen Eröffnung der betreffenden Räumlichkeit nicht dauernd gewidmet ist, also namentl. sog. „Nachschlüssel u. Dietriche" (§ 369[1]).

Ein ausnahmsweiser Gebrauch, z. B. während der richtige Schlüssel verlegt ist, kommt also nicht in Betracht ist; **RG.** III 12. Apr. 82 **E. 6** 157.

Aus dem Gesagten folgt, daß ein zur ordnungsmäßigen Eröffnung nicht bestimmtes Werkzeug (insbs. ein falscher Schlüssel) namentl. auch ein solches Werkzeug ist, welches der Berechtigte — Eigenthümer o. sonst berechtigte Inhaber — seiner ursprünglichen Bestimmung zur Eröffnung der betreffenden Räumlichkeit, sei es ausdrücklich, sei es durch schlüssige Folgen, wieder entzogen hat. So: **RG.** II 18. Feb., 23. Sept. 81, 30. Jan. 85, III 21. Sept. 81, 26. Apr. 88, **E. 3** 360, **5** 17, **11** 436, **4** 414, **R. 10** 341 (btr. eines Hakens, dessen frühere Verwendung zum Oeffnen der Eigenthümer ausdrücklich aufgehoben, bzw. eines Schlüssels, welcher vom Eigenthümer zwar zur ordnungsmäßigen Eröffnung bestimmt war, beim Verkauf des Gebäudes aber ohne Wissen des Käufers zurückbehalten war, bzw. eines verlorenen und durch einen neu angefertigten Schlüssel ersetzten Schlüssels, bzw. eines vom Eigenthümer bei Vermiethung eines verschlossenen Raumes ohne Wissen des Miethers zurückbehaltenen zweiten Schlüssels), Dresden 9. Feb. 72, 13. Sept. 75 (2 Entsch.), **St. 1** 355, **6** 298, 301, Berlin 15. Sept. 75 **G. 26** 333, Berner S. 550, Geyer **2** 48, v. Liszt S. 446, H. Meyer S. 669, Oppenh. N. 48, Rüd.-St. N. 19, v. Schwarze N. 28. **AM.**: Merkel HH. **3** 679, F. Meyer N. 15, Rubo N. 26, nach denen ein für ein Schloß einmal ordnungsmäßig angefertigter Schlüssel nicht ein falscher soll werden können, ebenso Hälschner **2** 323, solange das Schloß unverändert geblieben, dagegen liege das qualif. Moment vor, wenn der Dieb mit der Absicht, einen falschen Schlüssel zu benutzen, nur zufällig den richtigen anwendete. Bezüglich eines sog. Hauptschlüssels läßt sich nicht ohne Weiteres annehmen, daß er bezüglich eines vermietheten Raumes außer Gebrauch gesetzt sei; **RG.** III 20. Dez. 90 **G. 39** 57.

Die Frage, ob ein zur ordnungsmäßigen Eröffnung bestimmtes Werkzeug durch den Berechtigten seiner Bestimmung wieder entzogen sei, ist wesentlich Thatfrage (vgl. die oben citt. Entsch., namentl. **RG.** 23. Sept. 81). Unrichtig würde es aber sein, darin, daß der Berechtigte von mehreren für das Schloß bestimmten Schlüsseln nur einen für den täglichen Gebrauch benutzt, eine die anderen zu „falschen Schlüsseln" stempelnde Bestimmungsentziehung zu sehen.

35) Der Diebst. muß „dadurch bewirkt" worden sein, daß der Thäter in der in Nr. 3 näher bezeichneten Art verfährt. Hieraus folgt, daß die Anwendung des falschen Schlüssels rc. gerade zu dem Zwecke erfolgt sein muß, um den beabsichtigten Diebst. auszuführen (vgl. N. 25); so die GM.

Liegen die Voraussetzungen der Nr. 3 vor, so kommt es darauf nicht an, ob die btr. Räumlichkeit in einer anderen Weise als durch Eröffnung mittels falschen Schlüssels zugänglich war; Oppenh. N. 47. Uebrigens greift N. 26_1 aE. entsprechend auch hier Platz.

Durch Eröffnung einer Räumlichkeit mittels falschen Schlüssels wird der Diebst. auch dann bewirkt, wenn dieselbe nicht unmittelbar zum Diebstahlsgegenstande, sondern zu dem richtigen Schlüssel führt, mittels dessen ein Behältniß eröffnet wird, in welchem der demnächst gestohlene Gegenstand sich befand (vgl. N. 27); so: Hälschner **2** 234, Merkel HH. **3** 679, H. Meyer S. 670, Oppenh. N. 56, v. Schwarze N. 24.

Zu § 243[4]. N. 36—42.

36) Die Gründe für die Straferhöhung im Falle der Nr. 4 sind dreifacher Art; sie liegen einerseits im Orte der That (N. 37), dann im Objekte des Diebst. (N. 38), endlich in der Art der Ausführung (N. 39—42).

37) Als Ort der That kommen in Betracht:

a) „ein öffentlicher Weg, eine Straße, ein öffentlicher Platz"; vgl. deshalb § 116 N. 2; jedoch ist zu beachten, daß im Falle des § 243 (ebenso in den §§ 250[3]

u. 360[14]) nicht erfordert wird, daß die Straße eine „öffentliche" sei, daß somit auch eine „Privatstraße" als Begehungsort genügt; Rubo § 250 N. 5.

b) „eine Wasserstraße"; hierunter ist ein jedes Gewässer zu verstehen, welches, ohne unter den Begriff der den Gegensatz bildenden „offenen See" (vgl. § 250[3]) zu fallen, dem öffentlichen Verkehr dient; Oppenh. N. 61, Rüd.-St. N. 24, Meves StRZ. 13 420, Villnow Raub S. 34, v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 41. Während jedoch Oppenh. u. auch Meves (vgl. jedoch auch denselben § 366[3] N. 3) den Begriff auf „schiffbare" bzw. auf solche Binnengewässer beschränken, welche i. S. des § 321 ein „Fahrwasser" haben, heben Villnow u. v. Buri mit Recht hervor, daß auch die Flößbarkeit des Wassers genügen müsse; vgl. übrigens § 250 N. 3c.

c) „eine Eisenbahn"; das Gesetz unterscheidet nicht zwischen den verschiedenen Arten der Eisenbahnen, und deshalb wollen Manche, wie Oppenh. N. 61a, Villnow Raub S. 32, Meves u. v. Buri, GS. 26 264, 29 Beilageh. S. 41, auch Pferdebahnen nicht ausschließen; aM. freilich in dieser Beziehung: Dresden 20. Apr. 74 St. 5 164, H. Meyer S. 661, auch v. Liszt S. 446, der nur die mit mechanischen Naturkräften betriebenen Bahnen, also namentl. die Dampf- und elektrischen Bahnen, hierher rechnet. Allein dieser letztere Umstand ist nicht der entscheidende; nach dem Zwecke der ganzen Vorschrift kann hier (vgl. jedoch auch §§ 90[2] N. 3b, 305, 315) vielmehr nur darauf Gewicht gelegt werden, ob auf der Eisenbahn „Reisen" zurückgelegt werden, bei denen „Gepäck" mitgenommen zu werden pflegt, bzw. ob die Eisenbahn der Beförderung von anderen Sachen dient; ob eine solche Eisenbahn in Frage stehe, kann nur thatsächlich entschieden werden (wird jedoch bei Pferdebahnen meist verneinend zu beantworten sein), jedenfalls liegt aber nur bei ihnen Veranlassung vor, Diebstählen der hier in Rede stehenden Art durch Androhung einer erhöhten Strafe entgegen zu treten; weshalb in dieser Beziehung die Frage für die lediglich dem lokalen Personenverkehr dienenden Dampf- o. elektrischen Straßeneisenbahnen prinzipiell anders liegen soll als für die Pferdeeisenbahnen, ist nicht einzusehen.

Als Eisenbahn ist aber nicht, wie in den §§ 90[2], 305 die durch Schienenstränge gebildete Straße als solche (der Damm, das Planum) anzusehen, sondern dieselbe nur insofern, als sie in bestimmungsmäßiger Weise mit den für sie geordneten Fahrzeugen befahren wird (Meves aO. S. 263, Oppenh. N. 61a), d. h. im Grunde nur die auf den Schienensträngen fahrenden „Beförderungsmittel" (§ 315_1); so: Merkel HH. 3 720, Schütze S. 454 N. 17, v. Kirchmann § 250 N. 3, Oppenh. § 250 N. 4, Puchelt § 250 N. 3, Rubo N. 31, v. Schwarze § 250 N. 5, Villnow aO.; aM. Rüd.-St. § 250 N. 4, der Bahnkörper stehe unter dem Schutze, der öffentl. Kommunikationsmitteln verliehen sei; ob die Benutzung gg. Bahnvorschriften erfolge, sei deshalb gleichgültig. Eine Beschränkung auf „öffentliche" Eisenbahnen enthält das Gesetz zwar auch nicht, dennoch wird dieselbe, der gewöhnlichen Annahme entsprechend, zu subintelligiren sein, da die Nr. 4 überhaupt nur den Schutz des öffentlichen Verkehrs bezweckt; so H. Meyer aO. u. jetzt auch v. Liszt aO.

d) „ein Postgebäude" bzw. „der dazu gehörige Hofraum".

e) „ein Eisenbahnhof"; derselbe umfaßt, außer den Stations- und den sonstigen dem Betriebe der Bahn gewidmeten Gebäuden (Dresden 22. Jan. 75 St. 5 359), die durchgehenden und eine Anzahl Nebenschienenwege, und zwar hier in ihrer räumlichen Bedeutung, nicht aber den sog. Vorplatz vor dem Stationsgebäude; so: Meves aO. S. 266, Oppenh. N. 63. Selbständige zur Eisenbahnverwaltung gehörige Wartehallen, z. B. auf sog. Halteplätzen, werden auch als „Eisenbahnhöfe" anzusehen sein; aM. Merkel HH. 3 680.

38) Das Diebstahlsobjekt muß „eine zum Reisegepäck oder zu anderen Gegenständen der Beförderung gehörende Sache" sein.

Gegenstände der Beförderung sind diejenigen Gegenstände, die befördert werden sollen; deshalb scheiden die Transportmittel selbst und was zu deren Ausrüstung gehört aus; Meves StRZ. 13 423, Hälschner 2 324, Merkel HH. 3 680. Im übrigen ist nicht Voraussetzung, daß die Gegenstände bereits oder noch auf der Reise sind; Merkel aO., Schütze S. 438. Wenn Meves, GS. 26 268, bezüglich der „Gegenstände der Beförderung" für maßgebend ansieht einerseits den Zeitpunkt, in welchem die Bahnverwaltung den Gegen-

stand zum Behuf der Beförderung übernimmt, andererseits denjenigen, bis sie durch seine Aushändigung an den Adressaten den Gewahrsam aufgiebt, so erscheint diese Begrenzung zu eng und die weitere Behauptung, daß das Gesetz das Reisegepäck nicht aus dem Gesichtspunkte des „Gegenstandes der Beförderung" betrachtet wissen wolle, unrichtig. Was von den „Gegenständen der Beförderung" im allgemeinen gilt, muß auch von dem „Reisegepäck" gelten, das lediglich eine besondere Art desselben ist. Demnach ist jeder Gegenstand, der befördert werden soll und zu diesem Zwecke an eine der in N. 37 bezeichneten Oertlichkeiten gebracht ist, an sich ein geeignetes Objekt, ohne daß es weiter darauf ankommt, ob eine Uebergabe oder Annahme seitens des hierzu berechtigten Bediensteten stattgefunden hat; **RG.** I 17. Sept. 85 E. **13** 243, Hälschner **2** 324, v. Liszt S. 446. Auch das ist deshalb gleichgültig, ob die Sache von dem Bediensteten bereits wieder ausgehändigt ist, wenn sie sich nur noch an einer jener Oertlichkeiten befand.

Keineswegs fallen unter „Gegenstände der Beförderung" nur solche Gegenstände, welche durch irgend eine Verkehrsanstalt, sondern auch solche, welche durch ein dazu verwendetes besonderes Transportmittel (z. B. durch den Wagen eines Geschäftes innerhalb einer Stadt) befördert werden sollen; Dresden 11. Nov. 72 St. **2** 183, Oppenh. N. 65, Rüd.-St. N. 22, v. Schwarze N. 31 a. Es sind auch keineswegs nur solche Gegenstände gemeint, welche auf einem besonders für sie bestimmten oder geeigneten Transportmittel sich befinden (wie z. B. Geld auf einem Milchwagen); **RG.** FS. 12. Aug. 82 R. **4** 693.

Zum „Reisegepäck" insbs. gehören alle Sachen, welche ein auf der Reise begriffener Mensch mit sich führt; **RG.** II 27. Juni 82 E. **6** 394; deshalb namentl. auch das sog. Handgepäck; Meves aO., Blum N. 21. Auf der Reise begriffen sind aber auch die das Transportmittel leitenden Personen (Fuhrleute, Schaffner), so daß deren Gepäck gleichfalls „Reisegepäck" ist; so die GM. Zu dem „Reisegepäck" des Fahrpersonals gehört aber auch das für das Transportmittel selbst zu Gebrauchende (Futter, Kohlen 2c); so: cit. **RG.** 27. Juni 82, Oppenh. N. 64; aM. Merkel HH. **3** 680 N. 4.

Daß etwa die ganze Sache, d. h. der ganze Inhalt des Packetes im Gegensatz zu den einzelnen Gegenständen aus demselben, entwendet sein müsse, ist aus der Fassung des Gesetzes nicht zu folgern, und würde ein solches Erforderniß den Zweck desselben völlig vereiteln; **RG.** FS. 27. Juli 86 R. **8** 536.

39) Die Ausführung des Diebst. muß geschehen: entweder „mittels (N. 42) Abschneidens oder Ablösens (N. 41) der Befestigungs- oder Verwahrungsmittel" (N. 40), oder „durch Anwendung falscher Schlüssel oder anderer zur ordnungsmäßigen Eröffnung nicht bestimmter Werkzeuge" (N. 30—35).

Uebrigens ist mit Rücksicht auf diese Parallelstellung einerseits und auf Nr. 3 andererseits anzunehmen, daß die Anwendung falscher Schlüssel nur in Bezug auf die Befestigungs- oder Verwahrungsmittel, nicht etwa auch in Bezug auf Räume in den Bahnhofsgebäuden 2c. gemeint sei; Oppenh. N. 69. Dagegen ist von einer Beschränkung des Nachschlüsseldiebstahls auf die Eröffnung zum Transportmittel selbst gehöriger Schlösser oder Thüren keine Rede; vielmehr liegt nach der allgemeinen Ausdrucksweise des Gesetzes der straferhöh. Umst. auch dann vor, wenn mittels Nachschlüssels 2c. Schlösser geöffnet werden, die lediglich an den Gegenständen des Transports sich befinden; **RG.** III 9. Nov. 81 E. **5** 157, Hälschner **2** 325.

40) „Befestigungs- u. Verwahrungsmittel" sind, wie aus der Entstehungsgeschichte des PrStGB. § 218[4] (ursprünglich Nr. 5), welchem § 243[4] des RStGB. fast wörtlich entlehnt ist, zu entnehmen (vgl. Goltd. Mat. **2** 479), nicht lediglich von solchen Vorkehrungen zu verstehen, welche Bestandtheile des Transportmittels selbst sind, vielmehr sind darunter auch nicht mit diesem verbundene Befestigungs- und Verwahrungsmittel zu begreifen; so: **RG.** III 9. Nov. 81 E. **5** 157, München 30. Nov. 72 St. **2** 184, Geyer **2** 48; aM. bezüglich der Befestigungsmittel F. Meyer N. 21. In Uebereinstimmung mit der oben vertretenen Ansicht sind in der Praxis als „Verwahrungsmittel" erachtet: ein „Sack", ein „Koffer"; so die citt. **RG.** u. München; ferner „Wagenplane" und „Plomben an Eisenbahnwagen"; Dresden 10. Nov., 23. Juni, 29. Dez. 73, St. **3** 345, 117, **4** 168.

Uebrigens sind unter „Verwahrungsmitteln" nicht nur alle Vorkehrungen zu ver-

stehen, welche Transportgegenstände gegen äußere Einwirkungen, d. h. sowohl gegen die Eingriffe Unberechtigter als auch gegen die Witterung, schützen sollen (so das cit. München, während F. Meyer N. 27 nur die Sicherung gegen Unberechtigte hervorhebt, dem auch Dresden 11. Nov. 72 St. 2 183 zuneigt), sondern auch diejenigen gegen Auseinanderfallen bzw. -fließen; Oppenh. N. 67. In der Praxis ist in dem zur Herstellung eines Verschlusses und zur Sicherung der Waare bewirkten Aufkleben einer Gepäckmarke auf die Thür eines Kastens die Anbringung eines Verwahrungsmittels gefunden worden; **RG**. III 21. Juni 82 R. **4** 597.

41) Was das „Abschneiden oder Ablösen“ betrifft, so will Merkel HH. **3** 680 den gewöhnlichen Wortsinn maßgebend sein lassen und deshalb weder ein Erbrechen, noch ein Anbohren, Aufbinden oder Auflösen hierherziehen. Allein jene Ausdrücke scheinen in ihrem Gegensatze zu einander gerade anzudeuten, daß einerseits alle in gewaltthätiger Weise, andererseits aber auch die durch ein bloßes Aufbinden, Abbinden o. Abstreifen bewirkten Eröffnungen o. Beseitigungen der Befestigungs- o. Verwahrungsmittel hierher zu rechnen seien. So im allg. **RG**. III 25. März 82 E. **6** 177, FS. 27. Juli 86 R. **8** 536, speziell in ersterer Beziehung: **RG**. III 9. Nov. 81 E. **5** 157, Dresden 22. Jan. 75 St. **5** 359 (Zerschneiden bzw. Aufschneiden eines Sackes), München 30. Nov. 72 St. **2** 184 (Erbrechen eines auf dem Reisewagen befestigten Koffers), Meves StRZ. **13** 424, Hälschner **2** 325, v. Liszt S. 446, Schütze S. 438 N. 17, Oppenh. N. 68, Rüd.-St. N. 23; speziell in letzterer Beziehung: **RG**. III 25. März, 21. Juni 82, E. **6** 177, R. **4** 597, I 26. Apr. 83, 27. Apr. 91, E. **8** 287, **21** 429 (Losbinden, Aufbinden, Ablösen einer Gepäckmarke durch Feuchtigkeit bzw. Abstreifen), Dresden 10. Nov., 29. Dez. 73, St. **3** 345, **4** 168 (Aufbinden der einen Wagenplan befestigenden Schleifen), Meves, Schütze aO., Berner S. 550, v. Schwarze N. 31 b. AM. in letzterer Beziehung: F. Meyer N. 22, Oppenh. N. 68.

42) „Mittels“ Abschneidens 2c. ist nur dann gestohlen, wenn der Dieb dasselbe zum Zwecke des beabsichtigten Diebst. vornahm (vgl. N. 25, 35); deshalb liegt die Qualifikation nicht vor, wenn der Dieb z. B. die Plombirung eines Eisenbahnwagens in amtlicher Eigenschaft beseitigte oder wenn bereits ein Anderer, zwar in diebischer Absicht, aber nicht in Gemeinschaft mit dem späteren Diebe, die Befestigungsmittel abgeschnitten hatte; Dresden 23. Juni 73, 21. Apr. 76, St. **3** 117, **7** 124.

Das „Abschneiden“ 2c. bildet auch dann nicht das „Mittel“ zur Begehung des Diebst., wenn der Beförderungsgegenstand selbst, z. B. ein Waarenballen, ohne die Nothwendigkeit der Beseitigung eines äußeren Hindernisses weggenommen und demnächst zerschnitten wird; Dresden 28. März 73 St. **3** 12, Oppenh. N. 70.

Der Umstand, daß das Abschneiden das „Mittel“ der Wegnahme gebildet haben muß, bedingt das Bewußtsein auf Seiten des Thäters, daß er an einer durch eine besondere Veranstaltung geschützten Sache sich vergreife; **RG**. III 21. Juni 82 R. **4** 597.

Zu § 243[5]. N. 43—46.

43) Im Falle der Nr. 5 liegt der Grund für die Straferhöhung in einer die „Begehung der That“ begleitenden Modalität (vgl. § 250[1]). Dieselbe besteht darin, daß „der Dieb oder einer der Theilnehmer am Diebstahle (N. 44) bei Begehung der That (N. 45) Waffen bei sich führt“ (N. 46).

44) Da es genügt, daß „der Dieb oder einer der Theilnehmer am Diebstahle“ Waffen bei sich führt, so ist selbstverständlich, daß die Qualifikation bei denjenigen Theilnehmern, welche Waffen nicht bei sich führen, nur dann vorliegt, wenn sie wußten, daß ein anderer Theilnehmer solche bei sich führe (§ 59). „Theilnehmer“ sind hier in dem techn. S. des Th. I Abschn. 3, insbs. des § 50, zu verstehen (Rubo N. 34), so daß der Anstifter, wenn er „bei Begehung der That“ mit zugegen sein sollte, gleichfalls der Strafe aus Nr. 5 verfällt.

45) Die Worte „bei Begehung der That“ bezeichnen, daß der Dieb oder einer der Theilnehmer Waffen bei sich führen müsse, während der Diebst. thatsächlich sich abspielt; demnach ist es nicht erforderlich, daß der Dieb die Waffen während der ganzen Dauer der Verübung bei sich führt, vielmehr genügt Bewaffnung während der That; so: **RG**. III 1. Okt. 83 R. **5** 558, Villnow Raub S. 29, Merkel HRl. „Diebst.“ S. 529 u. HH. **3** 682,

H. Meyer S. 671, v. Schwarze N. 33; aM. Hälschner 2 327 N. 2 (Ergreifung einer zufällig sich darbietenden Waffe, um sich zur Wehre zu setzen, genüge nicht), auch wohl Oppenh. N. 75. Man wird die Qualifikation selbst dann noch annehmen müssen, wenn zwar der Diebst. juristisch vollendet war, dennoch aber seinen faktischen Abschluß noch nicht gefunden hatte (vgl. § 123 N. 24_3); so: cit. RG. 1. Okt. 83, H. Meyer aO.; aM. Merkel aO. Dagegen führt derjenige, der eine Waffe ergreift, lediglich um sich ihrer als Diebstahlsobjekt zu bemächtigen, dieselbe nicht „bei Begehung der That" bei sich; Puchelt N. 5. Uebigens erfordern die hervorgehobenen Worte nicht nur einen zeitlichen, sondern auch einen örtlichen Zusammenhang, dessen Vorliegen nach den konkreten Umständen zu beurtheilen sein wird; ebendeshalb wird man mit v. Schwarze N. 35 die Qualifikation für vorliegend erachten können, wenn der Wache stehende Gehülfe bewaffnet ist, während nach Rubo N. 34 dieselbe nur dann vorliegen soll, „wenn der Gehülfe sich in demselben Raum befand, wo die Entfernung der Sache geschehen ist".

46) Wegen „Waffen bei sich führen" vgl. § 123 N. 25. Wie dort, so ist auch hier der Grund der Straferhöhung die objektive Gefährlichkeit einer mit Waffen ausgeführten Strafthat; so die GM.; vgl. jedoch Villnow Raub S. 29, der gegen die Theorie der objektiven Gefährlichkeit sich wendet, weil sie den Begriff der Waffe (s. u.) in einem zu engen und nicht definirbaren S. nehme, andererseits aber auch die subjektive Theorie nicht billigt. Es ist deshalb zunächst nicht subjektives Erforderniß, daß der Dieb um des Diebst. willen bzw. in der Absicht, die Waffe nöthigenfalls bei demselben zu gebrauchen, sich mit ihr versehen habe; so: München 29. Aug., Berlin 18. Dez. 74, St. 4 169, 369, Hälschner 2 326f., v. Liszt S. 447, Merkel HRl. „Diebst." S. 529 u. HH. 3 680, 4 408, v. Schwarze N. 32, Villnow aO.; aM. o. Buri GS. 29 Beilageh. S. 30, der die „äußerlich genügend kund gegebene Absicht, sich der Waffe bedienen zu wollen" erfordert; ferner v. Wächter S. 422, welcher verlangt, daß der Dieb „sich mit Waffen absichtlich versehen habe oder wenigstens die Waffen, die er bei sich führe, in eine Beziehung auf die That setze". Ebensowenig ist es objektives Erforderniß, daß die Waffe äußerlich erkennbar getragen werde; so: das cit. München, Hälschner, v. Liszt aO. Konsequenter Weise findet die Nr. 5 deshalb auch beim Diebst. Anwendung, den ein Soldat, der ein Seitengewehr trägt, verübt; Hälschner, v. Liszt aO., Merkel HH. 3 682, Schütze S. 435 N. 9, Puchelt N. 5; ferner bei einem Wilddiebst., wenn der Dieb lediglich zur Erlangung des Wildes im Gehege eine Waffe bei sich führte; so: Merkel HRl. aO. u. HH. 3 682, Oppenh. N. 76, v. Kries G. 25 32; aM.: Schütze S. 435 N. 9, F. Meyer N. 27.

Hiernach ist „bei" (o. „mit"; § 367⁹) „sich führen" gleichbedeutend mit dem im § 123_3 gebrauchten „versehen sein"; so: Hälschner 2 327 N. 3, Oppenh. N. 74, Rubo N. 36; aM. Villnow Raub S. 28, der Thäter müsse Waffen und zwar als Waffen für sich wissentlich bei sich getragen haben, sei es, daß er sie auch sonst bei sich führe, und zwar als seine Waffen, sei es, daß er sie erst zum Zwecke der Begehung der That ergriffen habe; ähnlich Schütze S. 435 N. 9. Vgl. aber hiergegen Merkel HH. 4 406, der seinerseits (HRl. „Diebst." S. 529 u. HH. 3 682) „bei sich führen" nicht mit „bei sich haben" identifizirt und solches nur annimmt, wo „die Gefahr eines Gebrauchs entweder objektiv begründet ist oder Dritten nach Lage der Dinge als begründet erscheinen kann" (dagegen im Lehrbuch S. 321 „gleichviel zu welchem Zwecke"); ähnlich H. Meyer S. 671, der Inhaber der Waffe müsse sich wenigstens bewußt sein, daß Andere dadurch geschreckt werden könnten. Uebrigens setzt der Begriff jedenfalls voraus, daß der Betreffende die Waffen an sich — an seinem Körper — trage, und kann daher nicht für genügend erachtet werden, wenn der Dieb die Waffen bei Ausführung des Diebst. in seinem Handbereiche hat; so v. Schwarze N. 32; aM. Blum N. 30.

Der Begriff der „Waffe" ist demnach der nicht-technische wie im § 123_3 (das. N. 25_1). So: Berner S. 551, H. Meyer S. 670, Schütze S. 435, Oppenh. N. 74, Rüd.-St. N. 26, v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 28; auch wohl (gelegentlich) RG. I 22. Nov. 88 R. 10 683. AM.: Geyer 2 48, Hälschner 2 329, v. Liszt S. 447, v. Kries G. 25 33, 48, welche an der techn. Bedeutung festhalten; so früher auch Merkel HH. 3 681, während er jetzt Lehrbuch S. 321, HRl. „Diebst." S. 529 u. HH. 4 408 den Waffen im techn. S. zur Seite stellt: „gefährliche

Werkzeuge, welche unter den gegebenen Umständen die nämliche objektive Bedeutung haben wie jene, d. h. welche sich unter diesen Umständen als Angriffs- o. Vertheidigungsmittel darstellen und als solche zu schrecken vermögen".

In der Praxis ist mit Recht als „Waffe" erachtet worden: eine nicht geladene Schußwaffe, nach Umständen auch ein Knüttel; München 29. Aug. 74, Dresden 3. Mai 75, St. **4** 169, **5** 360.

Zu § 243⁶. N. 47—49.

47) Die, lediglich mit Substitution des Wortes „Begehung" statt „Verübung", aus dem PrStGB. genommenen Worte „welche sich zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden haben" enthalten, ohne des Wortes sich zu bedienen, eine Definition der Bande; vgl.: Goltd. Mat. **2** 486, Hälschner **1** 557, **2** 329. Die Ausführung eines Diebst. auf Grund der vorangegangenen, an sich straflosen, Bildung einer Bande begründet hier, wie im § 250², eine Straferhöhung (vgl. § 47 N. 9₃).

Der Begriff der Bande schließt zweifellos ein blos zufälliges Zusammentreffen aus; dagegen liegt kein Grund vor, eine ausdrückliche Vereinbarung zu verlangen, wenn auch eine stillschweigende Verbindung thatsächlich nicht häufig vorkommen mag; so v. Buri GS. **29** Beilageh. S. 39; aM. Villnow Raub S. 30.

Die Verbindung muß auf die „Begehung" von Raub oder Diebst. gerichtet sein; eine Verbindung dahin, daß nur Einer Thäter sein, die Uebrigen aber lediglich Beihülfe leisten sollten, entspricht dem Begriff einer „Bande", der eine nähere Detaillirung betreffs der zukünftig zu verübenden Thaten ausschließt, nicht; ein jedes Mitglied der Bande muß vielmehr entschlossen sein, erforderlichen Falls auch selbst als Thäter mitzuwirken; Villnow Raub S. 29, v. Schwarze S. 129.

Bei der zur „fortgesetzten" Begehung eingegangenen Verbindung kommt der Begriff der „fortgesetzten Handlung" (§ 73 N. 6) in keiner Weise in Frage, vielmehr ist der Sinn jenes nicht glücklichen Ausdrucks zweifellos aus dem Wesen der „Bande" zu erklären; da aber unter „Bande" allgemeiner Annahme zufolge (vgl.: Berner S. 170, Geyer HRl. „Bande" u. HH. **2** 415, Hälschner **1** 434, 556, v. Liszt S. 221, 447, H. Meyer S. 238, Schütze S. 150) die Vereinigung Mehrerer (§ 47 N. 1) zum Zwecke der Begehung mehrerer, im Einzelnen noch unbestimmter Verbr. zu verstehen ist, so kann auch hier nur die Verbindung zur Begehung einer Mehrheit selbständiger noch nicht individuell bestimmter Raub- o. Diebstahlsfälle gemeint sein; so die GM., insbs. **RG.** I 4/11. Juli 87 E. **16** 173; aM. einerseits v. Buri aO. S. 40, dem zufolge eine auf fortgesetzten Raub im techn. S. gerichtete Verbindung gleichfalls genügen soll, andererseits Rubo N. 41, der auch das sog. Komplott hierher zählen will, sofern nur die Zahl der individuell bestimmten Fälle eine größere sei. Eine Begrenzung hinsichtlich Objekt, Zeit und Ort ist für zulässig zu erachten, wenn nur dadurch eine Individualisirung der einzelnen Diebst. nicht herbeigeführt wird; durch die Verabredung, auf dem Weihnachtsmarkte zu B. möglichst viele Diebst. an ausgestellten Waaren zu begehen oder „in den Verkaufsläden Leipziger Gold- und Silberarbeiter bei jeder Gelegenheit Goldwaaren zu stehlen", tritt eine Individualisirung der einzelnen zu verübenden Diebst. keineswegs ein; so: **RG.** III 13. Dez. 83 E. **9** 296, München 19. Juni 74 St. **4** 171, Villnow Raub S. 29, v. Buri aO. S. 39, Merkel HH. **3** 683, H. Meyer S. 672, Schütze S. 435 N. 5, Oppenh. N. 78, Rüd.-St. N. 31; auch Hälschner **2** 330 N. 3, abgesehen von einer Verabredung der letztgedachten Art. AM.: Dresden 10. Juli 74, 16. Apr. 75, St. **4** 370, **5** 360, Geyer HRl. aO. u. HH. **2** 416 N. 2, **4** 169, v. Schwarze N. 38 A. 4.

Erfordert wird eine Verbindung zur fortgesetzten Begehung „von Raub oder Diebstahl"; hiernach liegt die Qualifikation auch dann vor, wenn zu dem Diebst. nur solche Personen mitwirken, welche zur bandenmäßigen Begehung von Raub (§ 249) verbunden sind; übrigens deutet der Gebrauch der Worte „Raub" und „Diebstahl" darauf hin, daß es auf eine unbestimmte Vielheit ankommt, somit eine Beschränkung der Zahl nach nicht eingetreten sein darf; so: Hälschner, Merkel aO.; aM. Villnow aO. Da es ferner nur darauf ankommt, daß eine solche Verbindung geschlossen sei, nicht aber wie, so ist die durch Nr. 6 verlangte bandenmäßige Verbindung auch dann anzunehmen, wenn sie noch außerdem auf

andere strafb. Hdlgen oder ganz allgemein auf Verübung von Strafthaten jeder Art geht; Villnow aO.

48) Wenn „zu dem Diebstahl Mehrere (vgl. § 47 N. 1) mitwirken", welche in der N. 47 bezeichneten Weise sich verbunden haben, so tritt die Straferhöhung aus Nr. 6 ein. Hiernach genügt allerdings die bloße Verabredung eines Diebst. unter Mitgliedern der Bande, das sog. Komplott, sowenig zur Bestrafung wie die Bildung der Bande selbst; im übrigen aber ist die „Mitwirkung" (vgl. auch §§ 259 N. 14, 285) in keiner Weise beschränkt und muß deshalb auch die Anstiftung sowie die intellektuelle Beihülfe unter die Strafbestimmung fallen; so: Geyer HRl. „Bande", Hälschner **1** 557 N. 2, **2** 330 N. 1, v. Liszt S. 447, Merkel HRl. „Diebst." S. 529 u. HH. **3** 638; aM.: H. Meyer S. 672, Schütze S. 435, Oppenh. N. 77, Puchelt N. 6, Rubo N. 40, Rüd.-St. N. 31, v. Schwarze N. 37, v. Buri GS. **29** Beilageh. S. 38; vgl. auch RG. III 23. Okt. 84 R. **6** 644, thätl. Beih. komme als „Mitwirkung" in Betracht, wenn sie in der Absicht erfolgte, zur Hervorbringung der That als einer eigenen mitthätig zu sein. Eine Mitwirkung Mehrerer liegt hiernach auch dann vor, wenn nur Einer Thäter, die Uebrigen aber Gehülfen waren.

Wie einerseits nicht erforderlich ist, daß alle Mitglieder der Bande mitwirken, so wird andererseits der Begriff des Bandendiebstahls dadurch nicht ausgeschlossen, daß bei Begehung eines konkreten Diebst. einzelne der Verbindung nicht Angehörige mitwirken. Diese letzteren können mit der Strafe aus Nr. 6 aber nicht belegt werden, da auf sie der Straferhöhungsgrund in keiner Weise zutrifft; demgegenüber kann der mangelhaften Ausdrucksweise des Gesetzes eine entscheidende Bedeutung nicht zukommen; Dresden 16. Apr. 75 St. **5** 360, v. Buri GS. **29** Beilageh. S. 40, Hälschner **2** 330, Oppenh. N. 77. Das Gesagte gilt namentlich auch dann, wenn der fremde Theilnehmer wußte, daß die übrigen Mitwirkenden Mitglieder einer Bande seien; Hälschner **1** 557 N. 3; aM. Villnow Raub S. 30.

Die verschiedenen Mitwirkenden sind nach den allgemeinen Grundsätzen über Theilnahme zu bestrafen; ein Grund, den Gehülfen mit der vollen Strafe des Thäters zu belegen, besteht nicht; so: Geyer HRl. „Bande" u. HH. **4** 169, Merkel HRl. „Diebst." S. 529 u. HH. **4** 409, Oppenh. N. 79; aM. München 19. Juni 74 St. **4** 171.

Jeder einzelne Diebst. ist als solcher aus Nr. 6 strafbar; mehrere selbständige Bandendiebstähle stehen in Realkonk. (§ 74) mit einander; so außer dem cit. München: Berlin 23. Okt. 72 O. **13** 539, Oppenh. N. 79, Puchelt N. 6, Rüd.-St. N. 32, v. Schwarze N. 38.

49) Mag auch das Wesen der bandenmäßigen Verbindung darin bestehen, daß die auf Grund derselben vorgenommene verbrecherische Thätigkeit selbst als eine „berufsmäßige" (Hälschner **1** 556) oder „gewerbsmäßige" (München 19. Juni 74 St. **4** 171, Geyer HRl. „Bande" u. HH. **4** 169, Schütze S. 435 N. 10) sich darstelle, so hat doch das RStGB. weder die Berufs- noch die Gewerbsmäßigkeit zum Thatbestandsmoment erhoben und kann folglich die Verurtheilung aus Nr. 6 von ihrer Feststellung oder Nichtfeststellung nicht abhängen; so: RG. I 15. Juni 82 R. **4** 567, Dresden 16. Apr. 75 St. **5** 360, Oppenh. N. 78, v. Schwarze N. 38.

Zu § 243[7]. N. 50—58.

50) Die Gründe für die Straferhöhung im Falle der Nr. 7 sind dreifacher Art; sie liegen einerseits im Orte der That (N. 51), dann in der Zeit der That (N. 52), endlich in der Art der Ausführung (N. 53—58); vgl. § 250[4].

51) Der Ort der That muß, ausweislich der Präposition „in", sein: „ein bewohntes Gebäude" (vgl. § 306[2]). Die Frage, ob ein Gebäude (N. 11—14) „bewohnt" sei, wird meist bejaht, falls dasselbe Menschen „regelmäßig zur Nachtruhe" dient; so: Hälschner **2** 331, Merkel HRl. „Diebst." S. 529 u. HH. **3** 683, Blum N. 34, v. Kirchmann N. 7, F. Meyer N. 34, Oppenh. N. 83. Dagegen erachten H. Meyer S. 667 N. 37 u. v. Schwarze N. 42 die Schlafstätte nicht als ein ausschließliches Merkmal und zwar mit Recht; denn man kann — wie übrigens auch Hälschner anerkennt — ein Gebäude, in welchem Jemand zwar regelmäßig, aber völlig unberechtigt nächtigt, wie z. B. ein von einem Vagabunden zur Schlafstätte benutztes Gartenhaus, nicht ein „bewohntes Gebäude" nennen; man wird deshalb mit Villnow Raub S. 35, v. Buri GS. **29** Beilageh. S. 42 u. v. Liszt S. 447 Gewicht darauf

legen müssen, ob das Gebäude wenigstens einem Menschen zum „Wohnort" bzw. zur „ordnungsmäßigen Nachtruhe" oder nur zum unberechtigten „Aufenthaltsort" dient. Abgesehen hiervon kann aber auch das Wort „regelmäßig" irre leiten, weshalb v. Schwarze aO. hinzufügt: „wenngleich die Bewohnung vielleicht nicht eine übliche ist"; ein zum Wohnen eingerichtetes Gartenhaus wird z. B. jedes Mal als „bewohnt" zu gelten haben, wenn der Eigenthümer auch nur vorübergehend eine oder einzelne Nächte dort nächtigt; die Kenntniß des Thatumstandes des „Bewohntseins" (§ 59) auf Seiten des Diebes kann alsdann freilich leicht fehlen.

„Gleichgeachtet" werden einem bewohnten Gebäude:

a. der zu einem solchen gehörige — d. h. thatsächlich, ohne Rücksicht auf civilrechtliche Pertinenzqualität (v. Schwarze N. 43) — „umschlossene Raum" (s. o. N. 7—10) sowie die in einem solchen befindlichen, unbewohnten Gebäude;

b. Schiffe, welche bewohnt werden (s. o. N. 11_2; vgl. auch § 306[2]).

Genügend ist, wenn auch nur ein Theil eines Gebäudes bewohnt ist; mehrere Schiffe aber, welche sich in Winterlage unter gemeinschaftlicher Obhut befinden, werden dadurch nicht zu einer Einheit, so daß als bewohnt nur dasjenige Schiff gelten kann, auf welchem der Wächter schläft; Oppenh. N. 86.

Die Qualifikation liegt vor: „auch wenn zur Zeit des Diebstahls Bewohner in dem Gebäude nicht anwesend sind". Dieses gilt entsprechend auch für Schiffe, da solche durch den Relativsatz „welche bewohnt werden" lediglich als „bewohnte Schiffe" in dem oben erläuterten S. haben bezeichnet werden sollen.

52) Als Zeit der That wird die „Nachtzeit" bezeichnet; eine positive Bestimmung bezüglich der Nachtzeit, wie StPO. § 104_3 sie giebt, enthält das StGB. nicht. Nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche, der keineswegs „Nachtzeit" mit „Zeit der Nachtruhe" identifizirt, bildet die Nachtzeit den Gegensatz zur Tageszeit und beginnt sie deshalb mit dem Eintritt der Dunkelheit nach dem Untergang der Sonne und vorübergegangener Abenddämmerung, während sie mit dem Beginn der Morgendämmerung endigt. Diese Bedeutung hat derselbe Ausdruck in den §§ 293, 296, 322 zweifellos; für die Annahme, daß im § 243[7] mit demselben eine andere Bedeutung habe verbunden werden sollen, fehlt es an Anhaltspunkten und kann namentl. der in der erhöhten Gefahr zu suchende legislatorische Grund jener Bestimmung nicht geltend gemacht werden, da dieser gerade für die Zeit der nächtlichen Dunkelheit zutreffend erscheint. So: **RG.** I 23. Dez. 80, 5. März 83, **E. 3** 209, **R. 5** 148, Ortloff StRZ. **11** 536, Haager, v. Buri, GS. **29** 307 u. Beilageh. S. 42, Villnow Raub S. 35, Merkel S. 321, HRl. „Diebst." S. 529 u. HH. **3** 684, Schütze S. 438 N. 16. Die Gegner identifiziren „Nachtzeit" mit „Nachtruhe"; während aber: Mannheim 4. Apr. 76 St. **7** 129, Berner S. 551, Geyer **2** 48, Hälschner **2** 332, v. Liszt S. 448, H. Meyer S. 667, Schütze S. 437, Blum N. 33, Oppenh. N. 80, Puchelt N. 7, Rubo N. 43 u. Rüd.-St. N. 33 die nach den Jahreszeiten wechselnde „ortsübliche" Zeit der Nachtruhe im Sinne haben, erachten Dresden 15. Dez. 71 St. **1** 283 u. v. Schwarze N. 41 diese Momente nur insofern für maßgebend, als nicht bezüglich des einzelnen Falles eine Ausnahme konstatirt sei, d. h. es soll der einzelne Fall und mit ihm die Kenntniß des Diebes entscheiden.

53) Hinsichtlich der Art der Ausführung wird verlangt, daß sich der Thäter (N. 54) in diebischer Absicht (N. 55) entweder in das Gebäude eingeschlichen oder in demselben verborgen hatte (N. 56—58). Dagegen ist nicht erforderlich, daß die Nachtzeit planmäßig zur Ausführung des Diebst. gewählt sei; **RG.** II 5. Okt. 83 **R. 5** 581.

54) „Der Thäter" muß sich eingeschlichen haben; doch genügt bei Mitthäterschaft jedenfalls das den übrigen Mitthätern bekannte Einschleichen eines einzelnen Mitthäters; Oppenh. N. 89. Gegen diesen wird jedoch mit Schütze G. **21** 168 anzunehmen sein, daß der Thäter selbst und nicht blos ein Theilnehmer sich eingeschlichen haben müsse; die den Ausdruck „Thäter" i. w. S. auffassende Auslegung verstößt beim Mangel zwingender Gründe gegen das „in dubio mitius".

55) Die „diebische Absicht" bezeichnet den Vorsatz, zu stehlen; Binding Grundr. S. 110 u. Normen **2** 597. Ob der Vorsatz bereits auf ein bestimmtes Objekt sich richtete,

ist gleichgültig, weshalb auch eine Aenderung des Vorsatzes in dieser Beziehung nach bewirktem Einschleichen oder Verbergen nicht ins Gewicht fällt; Dresden 28. Mai 75 St. 5 360, Oppenh. N. 91. Uebrigens liegt das Erforderniß auch bei einer nur auf Mundraub (§ 370[5]) gerichteten Absicht vor; RG. III 20. Dez. 83 E. 9 297.

56) Ein „Einschleichen" (s. u. N. 57) liegt vor bei einem unter Vermeidung von Geräusch bewirkten, heimlichen und absichtlich der Wahrnehmung Anderer entzogenen Eintreten wider Wissen und Willen der Hausbewohner; daß der Eintretende dabei bestrebt sein muß, die Gefahr des Betroffenwerdens, namentlich die Begegnung mit Anderen zu vermeiden, — also insoweit auch „planmäßig" handeln muß, — liegt in der Natur der Sache; weiterer „besonderer Vorsichtsmaßregeln" eigenthümlicher Art bedarf es nicht; so die GM., insbs.: RG. III 25. Jan. 82, 4. Okt. 83, E. 5 400, R. 5 573, I 7. Apr. 84 E. 10 280, IV 16. Mai 85 R. 7 302, Dresden 14. Apr. 71 St. 1 15.

„Sichverbergen" ist hier identisch mit Sichverstecken, denn es bezeichnet die Thätigkeit des Diebes, wodurch er verhindern will, daß Andere von dem Aufenthalte seiner Person in dem Gebäude Wissenschaft erlangen; Villnow Raub S. 37, 98. Uebrigens ist hier die Voraussetzung (im Gegensatz zum Einschleichen), daß der Thäter seinen Eintritt in das Gebäude offen genommen habe; Hälschner 2 333.

57) Bezüglich des Einschleichens speziell besteht Streit darüber, wann dasselbe stattgefunden haben müsse.

Ein vornächtliches Einschleichen verlangen Schütze S. 437 N. 16 u. v. Schwarze N. 40; allein die GM. verwirft diese Ansicht, weil eine solche Beschränkung mit der allgemeinen Fassung der Nr. 7 unvereinbar ist, abgesehen davon, daß eine gegen das nächtliche Einschleichen sich richtende Strafbestimmung wohl begründet ist, da die Mittel, welche das unbemerkte Eintreten verhindern sollen, so gut bei Nacht wie bei Tage angewendet und überwunden werden können.

Diesen Standpunkt theilen selbst diejenigen, welche im übrigen dahin sich entscheiden, daß zwischen dem Einschleichen in das Gebäude und der Ausführung des Diebst. ein Zeitraum liegen müsse, welcher hinreiche, um das Einschleichen als eine den Diebst. vorbereitende besondere Hdlg. erscheinen zu lassen; so: Berlin 22. Jan., Stuttgart 10. Juli 72, St. 1 180, 356 (ersteres auf Grund eines Plenarbeschlusses; G. 20 71); auch Dresden 6. Sept. 72 St. 2 107, wennschon dasselbe (vgl. Entsch. 14. Apr., 15. Dez. 71, St. 1 15, 283) „einen längeren Zwischenraum" nicht für erforderlich erachtet; so ferner: Geyer 2 49, Merkel HRl. „Diebst." S. 530 u. HH. 3 684.

Aber auch diese Ansicht erscheint nicht stichhaltig; sie gründet sich wesentlich darauf, daß das Wort „hatte" auch auf „eingeschlichen" zu beziehen sei, daß somit im Plusquamperfektum gesprochen werde. Allein diese Voraussetzung ist unrichtig, wie ein Blick auf die wesentlich gleichlautende Nr. 4 des § 250 (das. N. 5b) ergiebt, wo eine Beziehung des „hatte" auf „eingeschlichen" dadurch geradezu ausgeschlossen wird, daß das dazwischen liegende „oder sich gewaltsam Eingang verschafft" nur als Präsensform verstanden werden kann. Außerdem ist anzunehmen, daß das RStGB., wenn dasselbe eine Beschränkung des Thatbestandes in der gedachten Richtung gewollt hätte, diejenige engere Fassung gewählt haben würde, welche früher einzelne der Landesstrafgesetzbücher brauchten. Hiernach liegt der Fall der Nr. 7 auch dann vor, wenn der Thäter in diebischer Absicht zur Nachtzeit eingeschlichen ist und sofort nach dem Einschleichen gestohlen hat. So: RG. FS. 11. Aug. 80, II 6. Mai 81, I 7. Apr. 84, E. 2 223, 4 127, 10 280, Jena 27. Sept. 71, Darmstadt 5. Mai 73, Mannheim 2. Okt. 75, St. 1 178, 2 324, 7 131, Meves StRZ. 13 429, Haager, v. Buri GS. 29 377 u. Beilageh. S. 43, Hälschner 2 333, v. Liszt S. 448, H. Meyer S. 668, Oppenh. N. 90, Rubo N. 45.

58) Liegt ein Sicheinschleichen oder Sichverbergen vor, so findet Nr. 7 auch dann Anwendung, wenn gleichzeitig ein erlaubter Zweck verfolgt wurde; RG. I 28. Mai 83 E. 8 412; deshalb insbs. auch, wenn ein Hausbewohner selbst auf diese Weise einen Diebst. verüben sollte; so: Villnow Raub S. 37, v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 43, Schütze S. 438 N. 16, Oppenh. N. 88, v. Schwarze N. 45; aM. Blum N. 35.

Andererseits ist es auch völlig gleichgültig, ob der Diebst. gegen einen Bewohner des Hauses oder gegen einen Fremden, z. B. einen Gast, sich richtete; Villnow Raub S. 35.

Zu § 243[1-7]. N. 59.

59a) Die Frage, inwieweit eine alternative Feststellung der in den Nr. 1—7 bezeichneten straferhöh. Umst. zulässig sei, ist identisch mit derjenigen, wieweit verschiedene Thatbestände oder bloße Modalitäten eines und desselben Thatbestandes vorliegen (vgl. § 47 N. 29). Das letztere wird aber für alle straferhöh. Umst. i. S. des § 243 anzunehmen sein, auch insoweit sie unter verschiedenen Nr. aufgeführt sind; so: **RG.** III 29. Jan. 91 **G. 39** 60 (speziell btr. Nr. 2 u. 7: Einsteigen u. Einschleichen), Oppenh. N. 7, v. Schwarze N. 54; aM. **RG.** IV 8. Apr. 92 **E. 23** 47, eine alternative Feststllg. der unter den verschiedenen Nr. aufgeführten straferhöh. Umst. sei unzulässig.

b) Die Straferhöhungsgründe der verschiedenen Nummern können miteinander zusammentreffen (vgl. § 73 N. 21a), so insbs. auch diejenigen der Nr. 2 u. 4; **RG.** FS. 27. Juli 86 **R. 8** 536.

Dolus; Versuch; Theilnahme; Verhältniß zu anderen Paragraphen; Strafe; Verjährung, Zuständigkeit. N. 60—65.

60) Der Dolus erstreckt sich beim schweren Diebst. durchweg auch auf das Qualifikationsmoment; es gilt dies nicht blos für den Fall der Nr. 7, wo die „diebische Absicht" ausdrücklich hervorgehoben ist (N. 55), sowie für die Fälle der Nr. 2, 4, wo das Gesetz des Wortes „mittels" sich bedient (N. 25, 42; vgl. **RG.** III 25. Mai 81 **R. 3** 327), sondern auch für alle übrigen Fälle; so die GM.; aM. Binding Normen **2** 55 f, nach welchem der Diebstahlsvorsatz in allen Fällen des schweren Diebst. (ausgenommen denjenigen der Nr. 5) der gleiche wie beim einfachen Diebst. sei, wenn auch hie und da neben den Dolus Bewußtseinsmomente als Strafbarkeitsmerkmale träten. Dementsprechend ist in der Praxis angenommen, daß Bestrafung nur erfolgen könne:

aus Nr. 4, wenn dem Thäter erkennbar gewesen, daß die Vorrichtungen zum Schutze der Transportgegenstände wirklich dienten; **RG.** III 21. Juni 82 **R. 4** 597 (welches jedoch für unerheblich erklärt, ob dem Thäter die Absicht des Eigenthümers erkennbar gewesen, durch die getroffene Veranstaltung die Sache vor Eingriffen zu schützen);

aus Nr. 5, wenn der Thäter bei der That sich bewußt war, daß er eine Waffe bei sich führe; **RG.** II 24. Feb. 85 **E. 12** 69 (i. c. verneint in einem Falle, wo der Thäter eine kurz vorher gefundene Pistole ohne Zündhütchen zu sich gesteckt hatte).

61) Der Versuch (§ 43) eines schweren Diebst. (wegen desj. eines einfachen vgl. § 242 N. 25, 39) kann, da dem Akte der Wegnahme gewisse Hdlgen vorangehen, welche bereits zu den Merkmalen des Verbrechens gehören, in der Vornahme dieser Hdlgen gefunden werden, vorausgesetzt, daß sie in diebischer Absicht geschehen; so: Hälschner **2** 233, Merkel HRl. „Diebst." u. HH. **3** 685, Schütze S. 434, Oppenh. N. 6, v. Schwarze N. 47; aM. Rubo N. 3 u. § 242 N. 13, der die Möglichkeit eines Versuchs leugnet, weil die Thätigkeit in ihrer ungestörten Fortsetzung die Entfernung der Sache von dem jeweiligen Platze nicht herbeiführe. Die Praxis sieht in dem „Erbrechen" eines Behältnisses auch einen Versuch aus Nr. 2; so: Dresden 19. Feb. 75 St. **5** 358, Berlin 10. Mai 78 O. **19** 259. Was speziell den Fall der Nr. 5 anbetrifft, so stellt sich auch hier das Eintreten eines Bewaffneten in diebischer Absicht in eine fremde Wohnung als der Versuch eines schweren Diebst. dar, weil das Qualifikationsmoment der Gefahr beim Versuch dieselbe Bedeutung hat wie bei der vollendeten That; so: Hälschner **2** 334, Oppenh. N. 76a; aM. Merkel aO., weil das Waffenführen vor der Wegnahme der Sache („der Begehung der That") kein Bestandtheil des bewaffneten Diebst. sei.

Wegen versuchten schweren Diebst. darf nicht gestraft werden, wenn bei einer wegen desselben erhobenen Anklage nach Anregung des Gesichtspunktes aus § 370[5] die getroffenen Feststellungen keinen Anhalt für die Annahme bieten, daß nach Vollführung des Einbruchs die unerreicht gebliebene Absicht des Thäters auf die Wegnahme von anderen Gegenständen als Nahrungsmitteln gerichtet gewesen sei; **RG.** III 9. Nov. 81 **R. 3** 701.

Wegen des sog. untauglichen Diebstahlsversuchs vgl. § 43 N. 19 ff.

Wegen Abgrenzung der straflosen Vorbereitungshandlungen vom Versuch vgl.

RG. II 5. Juni, 19. Okt. 83, 2. Juni 85, R. 5 407, E. 9 81, R. 7 341, wo in den btr. Fällen durchweg nur vorbereitende Hdlgen gesehen wurden.

62) Die Theilnahme betreffend, so ist zu vergleichen wegen Mitthäterschaft: oben N. 54 sowie § 47 N. 15, wegen Anstiftung: § 48 N. 16, wegen Beihülfe: o. N. 44, 48₃.

63) Ein versuchter schwerer Diebst. kann mit einem vollendeten einfachen in Idealkonk. treten; so das § 73 N. 13bβ 1 cit. RG. 13. Jan. 87 sowie das o. N. 25₃ cit. Dresden 19. Feb. 75.

Wegen Realkonk. (§ 74) mehrerer selbständiger Ladendiebstähle s. o. N. 48₄.

Was das Verhältniß des schweren Diebst. aus Nr. 2 zu dem mittels Eindringens begangenen Hausfriedensbr. (§ 123) anbetrifft, so konsumirt die Strafandrohung aus § 243² diejenige aus § 123; vgl. § 73 N. 14a. Gleiches wird meist im Verhältniß der Nr. 2 zur Sachbeschädgg. (§ 303) angenommen; vgl. jedoch o. N. 17 sowie § 303.

Wegen des Verhältnisses zum Raub vgl. § 249 N. 10c, zum Mundraub § 370⁵ N. i.

64) Die ordentliche Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus von 1—10 J. (§ 14₂); die für den Fall mild. Umst. (Th. I Abschn. 4 N. 13a ff.) zugelassene Hauptstr. ist Gefängniß von 3 Mt.—5 J. (§ 16). Wg. der zulässigen Nebenstrafen vgl. § 248.

Die Bestrafung des Versuchs (N. 61) erfolgt nach den §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45.

Wegen Strafantrag und Strafausschließung vgl. § 247.

65) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67₁ in zehn Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. § 73⁵.

§. 244.

Wer im Inlande als Dieb, Räuber oder gleich einem Räuber oder als Hehler bestraft worden ist, darauf abermals eine dieser Handlungen begangen hat, und wegen derselben bestraft worden ist, wird, wenn er einen einfachen Diebstahl (§. 242) begeht, mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren, wenn er einen schweren Diebstahl (§. 243) begeht, mit Zuchthaus nicht unter zwei Jahren bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt beim einfachen Diebstahl Gefängnißstrafe nicht unter drei Monaten, beim schweren Diebstahl Gefängnißstrafe nicht unter Einem Jahre ein.

PrStGB. § 219. Entw. I §§ 217⁷, 219 Abs. 1, II § 239.
Vgl. § 245.

Rückfall im allgemeinen. N. 1, 2.

1) Abweichend vom PrStGB. § 59 bildet der Rückfall im RStGB. nicht im allgemeinen, sondern nur in folgenden Fällen einen Qualifikationsgrund:

I. beim wiederholten Rückfall und zwar:
  a. in dem wesentlich gleichen S. der §§ 244, 245 bzw. 261 und 264 im Falle: α. des des Diebstahls (§§ 242, 243), β. der Hehlerei (§§ 258—260), γ. des Betruges (§ 263);
  b. i. S. des § 362 im Falle des Bettelns (§ 361⁴);

II. schon beim ersten Rückfall i. S. des § 250⁵ (abgesehen von dem hervorgehobenen Unterschiede wesentlich gleich dem Falle Ia) in den Fällen:
  a. des Raubes (§§ 249, 250¹⁻⁴, 251),
  b. der beiden gleich dem Raube zu bestrafenden Verbr. aus §§ 252, 255.

2) Obgleich der Rückfall in den soeben bezeichneten Fällen zur Androhung einer höheren bzw. schwereren Strafe geführt hat, als wie sie auf den Diebst. an sich angedroht ist, so gehört der Rückfall dennoch nicht zu den straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 295, da die Schuldfrage nach der ausdrücklichen Vorschrift der StPO. § 262₂ die „Voraussetzungen des Rückfalles" nicht begreift; über das Vorliegen des Rückfalles wird daher der Regel des GVG. § 198₁ gemäß nach der absoluten Mehrheit der Stimmen entschieden, auch gebührt im schwurgerichtl. Verfahren die Entscheidung dem Gerichte, nicht den Ge-

schworenen. Dagegen bildet der Rückfall allerdings einen straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 264, 266.

Die thatsächliche Feststellung des Vorderrichters bezüglich der Vorstrafen bzw. die unterbliebene Feststellung kann der Revisionsrichter nicht abändern oder nachholen; RG. II 14. Apr. 85 R. 7 225 (es könne demnach insbs. die irrige Feststellung, die letzte den Rückfall bedingende Strafe sei in den letzten 10 J. verbüßt ꝛc., durch Revision nicht angefochten werden). Doch muß die Feststellung auf der Grundlage von Beweismomenten beruhen, welche Gegenstand der Beweisführung in der Hauptverhandlung gewesen sind; RG. III 2. Juni, 17. Nov. 80, R. 2 17, 529. Deshalb genügt es nicht, wenn das Urtheil behufs Feststellung der Vorbestrafungen lediglich auf die in einem früheren Urtheile enthaltene Feststellung sich bezieht; v. Schwarze N. 7, Ortloff St. 1 6, v. Stemann GS. 23 419.

Erfolgt eine Verurtheilung zu einer Rückfallsstrafe ohne Feststellung sämmtlicher Voraussetzungen des Rückfalls, so beruht das Urtheil auf einer Verletzung des Gesetzes und zwar einer materiellen Rechtsnorm, nicht einer solchen über das Verfahren (StPO. §§ 376, 384); denn die Anwendung der für die Bestrafung des Rückfalles gegebenen Strafsanktionen ist ohne jene Feststellung nicht gerechtfertigt; v. Schwarze § 245 N. 7, v. Stemann aO. Zur Feststellung des Rückfalles genügt aber eine bloße Angabe seiner allgemeinen Merkmale mit den Worten des Gesetzes nicht, da nach StPO. § 266$_1$ die zur Nachprüfung in der Revisionsinstanz nothwendige Angabe der für erwiesen erachteten konkreten Thatsachen zu erfolgen hat; RG. I 24. Okt. 81, 22. Jan. 83, R. 3 636, 5 47, Berner S. 547 N. 2[1].

Zu §§ 244, 245. N. 3.

3) Beide §§. zusammen enthalten die Voraussetzungen des „wiederholten Rückfalles" (diese Bezeichnung braucht das PrStGB., z. B. §§ 37[1], 122$_2$, technisch) beim Diebstahl. Diese Voraussetzungen sind ihrer zeitlichen Aufeinanderfolge nach:

a. eine im Inlande als Dieb, Räuber oder gleich einem Räuber oder als Hehler erfolgte Bestrafung;

b α. eine demnächstige Begehung einer dieser Handlungen,

β. eine Bestrafung wegen derselben;

c. die Begehung eines Diebstahls innerhalb eines Zeitraums von zehn Jahren seit der Verbüßung oder dem Erlasse der zu b β. erkannten Bestrafung.

Zu § 244. N. 4—15. Eine im Inlande als Dieb ꝛc. erfolgte Bestrafung. N. 4—11.

4) Unter der vom Gesetz erforderten „Bestrafung" ist zu verstehen: die Verurtheilung zu einer Strafe (das „mit Strafe belegen" i. S. des § 2; das. N. 9) in Verbindung mit deren, wenigstens theilweiser (N. 6), Verbüßung, während die Motive in in einseitiger Weise sagen, daß der Entw. die Voraussetzung des Rückfalls „nicht mehr" (wie das PrStGB. § 219) „in der früheren Verurtheilung des Diebes, sondern in der gänzlichen oder theilweisen Verbüßung der früheren Strafe" finde; richtiger ist die Fassung des MStGB. § 13$_1$: „verurtheilt und bestraft"; Olshausen Vorbestr. S. 84. Somit liegt Bestrafung i. S. des Gesetzes noch nicht vor, ehe nicht die erkannte Strafe ganz oder doch theilweise verbüßt ist; RG. II 8. Juni 84 R. 6 527; das wollen anscheinend auch Rubo N. 4 u. Ortloff St. 1 10 mit der Behauptung sagen, Angesichts des Ausdrucks „Bestrafung" dürfe auf die „Verurtheilung" keine Rücksicht genommen werden.

5) Eine kriminelle Vorstrafe ist erforderlich, eine blos disziplinare genügt nicht. Welcher Art aber die kriminelle Strafe sei, ist gleichgültig (so die GM.); sie braucht deshalb insbs. das Maß einer Uebertretungsstr. nicht überstiegen zu haben (Berlin 9. Apr. 74 St. 4 52) u. kann auch in einem Verweise (§ 57 N. 11) bestanden haben (RG. I 14. Okt. 86, III 20. Sept. 88, E. 14 421, 18 116). Mit Rücksicht auf das Erforderniß der mindestens theilweisen „Verbüßung" (§ 245 N. 2) kommt freilich nur die Verhängung einer Hauptstr. in Betracht; vgl. das u. N. 6 cit. RG. 7. Juli 90.

Auch das ist gleichgültig, in welcher Weise die kriminelle Strafe verhängt wurde; es genügt deshalb eine „polizeilich" erkannte Strafe, falls solche auf Grund früherer Strafprozeßgesetze wegen Diebst. ꝛc. zulässig war; so, außer dem cit. Berlin: RG. III. 12. Jan.

81 N. 2 718, Wolfenbüttel 11. Apr. 71, Stuttgart 27. März, 3. Juli, 28. Dez. 72, Mannheim 29. Sept. 77, St. 1 154, 284, 2 54, 198, 7 315, Geyer HRl. „Rückf.", Merkel HH. 4 411, Hälschner 1 553 N. 2, 2 277, v. Liszt S. 448, Schütze S. 439 N. 18, Oppenh. N. 3, Rüd.-St. N. 8, Olshausen Vorbestr. S. 89; aM.: Ortloff St. 1 7, v. Stemann GS. 23 411, v. Schwarze N. 6.

Die materielle Gerechtigkeit der Vorbestrafung als solche kann unter keinen Umständen Gegenstand des späteren, die rechtlichen Bedingungen des Rückfalles prüfenden Strafrichters sein; deshalb gilt als Vorbestrafung auch eine unter der Herrschaft des RStGB. erfolgte Verurtheilung eines nach § 55 Strafunmündigen; cit. RG. 20. Sept. 88.

6) Die Verbüßung der Vorstrafe muß erfolgt sein, d. h. es muß der Verurtheilte das zuerkannte Strafübel zufolge Vollstreckung der Strafe an ihm erduldet haben; denn die Verbüßung seitens des Verurtheilten ist das Korrelat der Strafvollstreckung seitens der Strafvollzugorgane; RG. I 23. Sept. 86 E. 14 413. Schon deshalb kann eine auf Grund des § 37 ausgesprochene Aberkennung der bER. als eine die Voraussetzungen des Rückfalles erfüllende Bestrafung nicht angesehen werden; denn die Straffolge des VdbER. tritt von selbst, ohne Vollstreckung ein; so: RG. III 7. Juli 90 E. 21 35, Otto N. 4, Rüd.-St. N. 6, v. Schwarze S. 91, Olshausen Vorbestr. S. 97 f. (anders die letzten Aufl. d. Komm.); aM.: Merkel HH. 4 411, Teichmann HRl. „Ehrenstr.", Oppenh. N. 14, Puchelt N. 8, Rubo N. 13. Es genügt jedoch nach § 245 (das. N. 2) eine auch „nur theilweise Verbüßung", ja sogar ein „gänzlicher o. theilweiser Erlaß".

Die Anrechnung der Untersuchungsh. auf Grund des § 60 (das. N. 13) steht der Verbüßung gleich; so die GM., insbs. Dresden 16. Juni 71 St. 1 91; aM. Rubo N. 3.

Im Civilstrafverfahren kann aber eine Verbüßung nur stattfinden nach vorausgegangener Urtheilsverkündung, da ihm eine Verbüßung ohne solche völlig unbekannt ist; eine ohne vorherige Urtheilsverkündung erfolgte Einführung in ein Strafgefängniß würde als Antritt der Verbüßung nicht angesehen werden können (vgl. den Fall im GS. 27 223); Olshausen Vorbestr. 92. Anders liegt die Sache im Militärstrafverfahren auf Grund der Pr. (Sächs.) MStGO.; denn der § 185 derselben gestattet unter gewissen Voraussetzungen die Abführung der Verurtheilten zum vorläufigen Strafantritt gleich nach abgehaltenem Spruchgericht, also vor der erst nach eingegangener Bestätigung erfolgenden Publikation des Urtheils (vgl. § 176 das.).

Hiermit hängt die Frage zusammen, ob das die Vorbestrafung aussprechende Urtheil zur Zeit der Begehung der neuen That bereits die Rechtskraft beschritten haben müsse. Bezüglich eines auf Grund der RStPO. ergangenen Urtheils ist die Frage zu bejahen, da nach § 481 derselben die Verbüßung der Strafe ein rechtskräftiges Urtheil voraussetzt; RG. I 16. Mai 81 E. 4 230 (im Falle der Anrechnung der Untersuchungsh. durch Urtheil), IV 25. Sept. 85 E. 13 18 (im Falle einer Verbüßung der Strafe gemäß StPO. § 482). Zu verneinen ist die Frage dagegen hinsichtlich derjenigen Urtheile, welche auf Grund von Strafprozeßgesetzen ergingen, die eine Verbüßung vor eingetretener Rechtskraft zulassen; dazu gehören, außer der Pr. (Sächs.) MStGO., einige frühere Landesprozeßgesetze, wie namentl. die altpreußischen; so: Berlin 20. März, 26. Apr. 72, St. 1 284, O. 13 284, Oppenh. § 245 N. 2, Rüd.-St. N. 4, v. Schwarze § 245 N. 5, Olshausen aO. S. 93; aM.: München 16. Okt. 74 BayerE. 4 461, Berlin 30. Juni 76 St. 6 307, Merkel HRl. „Diebst." S. 530 u. HH. 4 411.

Soweit hiernach die Rechtskraft der Verurtheilung die gesetzmäßige Voraussetzung für die Strafvollstreckung bildet, gewinnen gesetzwidrige Strafvollstreckungen auf Grund noch nicht rechtskräftiger Verurtheilung, wie z. B. eine solche Ertheilung des Verweises (§ 57 N. 15), erst mit Eintritt der Rechtskraft Wirksamkeit, genau wie überhaupt die Anrechnung der Untersuchungsh. (§ 60 N. 13); RG. I 14. Okt. 86 E. 14 421.

7) „Im Inlande" muß die Bestrafung erfolgt sein, während die That auch im Auslande begangen sein kann (vgl. u. N. 12_2); v. Schwarze N. 3.

a) Zunächst muß also die Verhängung der Strafe im Inlande erfolgt sein; so die GM.; aM.: Ortloff St. 1 10, Rubo N. 4 (s. o. N. 4). Die Verurtheilung muß daher der Regel nach durch eine Behörde erfolgt sein, welche ihren Sitz im Inlande hat; ROHG.

6. Dez. 72 StRZ. 13 344 (btr. der Verurtheilung durch ein französisches Gericht, dessen Sitz bei Frankreich blieb, während der Sprengel zum Theil an D. abgetreten wurde). Dem stehen aber andere Fälle gleich, in denen die Verurtheilung von einer inländischen Behörde ausging, ohne daß der Urtheilsspruch im Inlande gefällt wurde (Oppenh. N. 1), so namentl. die im Auslande erfolgte Verurtheilung durch ein Militärgericht des D. Heeres; Berlin 10. Sept. 73 St. 3 66, Hälschner 2 336, Merkel HH. 4 412, Rüd.-St. N. 2, Olshausen Vorbestr. S. 96.

Dagegen steht die Verurtheilung durch ein ausländisches Gericht auch dann, wenn die Vollstreckung ausnahmsweise im Inlande erfolgen sollte, einer Verurtheilung im Inlande nicht gleich; Olshausen aO.

b) Aber auch die Verbüßung der erkannten Vorstrafe muß im Inlande erfolgt sein; so außer Ortloff u. Rubo: Hälschner 2 336 (vgl. aber 1 553), Rüd.-St. N. 4, Olshausen aO. S. 95; aM.: Oppenh. § 245 N. 4, v. Schwarze N. 3 A. 2 (vgl. jedoch das. § 2 N. 9). Daß solches geschehen sei, ist anzunehmen, wenn ein inländisches Urtheil auf Grund des § 7 (das. N. 7) eine im Auslande vollzogene Strafe anrechnet, da dieser Fall demjenigen der Anrechnung der Untersuchungshaft gemäß § 60 ganz analog ist (s. o. N. 6); Merkel HH. 4 411, Oppenh. § 245 N. 2, Olshausen aO. S. 97.

8) Das RStGB., insofern dasselbe die Bedingung der inländischen Bestrafung, d. h. also der im Inlande erfolgten Verurtheilung und Verbüßung aufstellt, ist milder als jedes andere Gesetz, welches zur Begründung des Rückfalles auch nur in einer der beiden Richtungen eine ausl. Bestrafung für hinreichend erachtet. Ev. würde deshalb § 2₂ Anwenduug finden; Dresden 24. Apr. 71 St. 1 23, Hälschner 2 336, Olshausen Vorbestr. S. 99.

Im Vergleiche mit anderen Strafgesetzbüchern, welche ebenfalls inländische Bestrafung im obigen S. erfordern, ist dasjenige Gesetz das mildere, welches den Begriff des Inlandes am engsten faßt; bei im übrigen gleichen Voraussetzungen wird deshalb das RStGB. gegenüber jedem der früheren D. Partikularstrafgesetzbücher als das härtere erscheinen. Dies gilt aber auch, insofern das RStGB. selbst im Laufe der Zeit den Begriff Inland erweitert hat; diejenige spätere Redaktion, nach welcher „Inland" den weitesten Umfang hat, erscheint als das härtere Gesetz, und muß deshalb auf eine noch unter der Geltung der früheren Redaktion verübte That das StGB. in dieser früheren Redaktion Anwendung finden. So: Hälschner 2 336, Olshausen aO., auch Merkel HH. 4 410 (obgleich derselbe hinsichtlich des ersteren Satzes eine Meinungsverschiedenheit konstatirt).

Muß hiernach bei Anwendung des § 244 auf die Zeit der abzuurtheilenden That gesehen werden, so ergeben sich folgende Zeitpunkte von Bedeutung:

a. der 1. Jan. 1871, als der Zeitpunkt des Inkrafttretens des StGB. im Gebiete des NDB. zufolge EG. § 1 und in Hessen südlich vom Main zufolge Art. 80 der Verfassung des DB.;

b. der 4. Mai 1871, als Zeitpunkt des Inkrafttretens des G. v. 16. Apr. 1871, durch welches der Begriff „Inland" i. S. des StGB. auf das das Gebiet des DR. ausgedehnt wurde;

c. der 28. Juni 1871, als Zeitpunkt des Inkrafttretens des am 14. zu Berlin ausgegebenen G. v. 9. Juni 1871 btr. die Vereinigung von Elsaß-Lothringen mit dem DR.

In gleicher Weise erachten den 4. Mai 1871 für den Inlandsbegriff entscheidend: Berlin OAG. 14. Feb. 72 St. 1 196, Oppenh. § 8 N. 6, Rubo § 1 N. 5, Olshausen aO. S. 103. Abweichend davon lassen aber einerseits Meves, Fuchs, StRZ. 12 126, 433, Hälschner 2 336 N. 4, Merkel HRl. „Diebst." S. 531 u. HH. 3 688, 4 410 u. Ortloff St. 1 9 den strafrechtl. Begriff des Inlandes mit dem staatsrechtl. zusammenfallen, wobei jedoch Ortloff den Tag der Gesetzeskraft der RV., jene aber im Anschluß an Laband Staatsr. 1 44 den 1. Jan. 1871 entscheiden lassen, während andererseits Jena StRZ. 12 431, Harburger Inland S. 80, Rüd.-St. N. 2 u. v. Schwarze N. 3 a A. 2 die Erstreckung des strafrechtl. Begriffes „Inland" auf das ganze Reich erst vom 1. Jan. 1872 datiren.

Handelt es sich um einen vor einem der bezüglichen Einführungstermine des RStGB. (s. o. EG. § 1 N. 2) begangenen Diebst., bei dessen Aburtheilung der Rückfall in Frage kommt, so finden die Bestimmungen des RStGB. Anwendung, wenn das früher in dem betreffenden Gebietstheile geltende Strafgesetz den Rückfall ohne Rücksicht darauf, wo die Vor-

bestrafung erfolgt sei, annahm, wenn also z. B. der Diebst. im Königreiche Sachsen begangen war. Erforderte dagegen das frühere Landesstrafgesetz eine Vorbestrafung im Inlande, so war das „Inland“ in dessen S. mit dem „Inlande“ i. S. des RStGB. in Vergleich zu ziehen; so kann, wenn z. B. die That in Preußen begangen war, eine Vorbestrafung in einem anderen Theile des NDB. nicht in Betracht kommen, da das PrStGB. Vorbestrafung durch einen PrGerichtshof fordert.

Ist der Diebst. nach Einführung des RStGB. in dem btr. Landestheil begangen, so muß

1. im Gebiete des ehem. NDB. und in Hessen südlich vom Main:
   a. bei Verübung der That bis zum 3. Mai 1871 nur eine in diesen beiden Gebieten,
   b. bei späterer Verübung jede im Gebiete des DR. — vom 28. Juni 1871 ab einschl. Elsaß-Lothringens —
2. in Elsaß-Lothringen sowie in Baden, Württemberg und Bayern sofort jede im Gebiete des DR. in heutigem Umfange

erfolgte Vorbestrafung als „inländische“ angesehen werden; so im wesentlichen Olshausen aO. S. 103 f.

Die Praxis stimmt hiermit insofern überein, als:

in dem Falle zu 1a (Zeit u. Ort der That: Frankfurt a. M. den 7. Jan. 1871) Berlin 2. März 71 O. **12** 130 eine 1870 in Darmstadt, in dem Falle zu 1b (Zeit u. Ort der That: Hamburg 1890) **RG.** III 12. Juni 90 E. **21** 19 eine in Bayern erfolgte Vorbestrafung zur Begründung des Rückfalles geeignet ansahen;

in anderen Fällen, in welchen es um Diebstähle sich handelte, die nach dem 4. Mai 1871 in Gebieten begangen waren, in denen das RStGB. in Geltung stand, der Grundsatz befolgt wurde, daß als Inland jedes Gebiet anzusehen sei, welches zur Zeit der Verübung der That zum DR. gehörte, mochte es auch zur Zeit der Vorbestrafung noch Ausland gewesen sein; so: Berlin OAG. 14. Feb. 72, OTr. 4. Juli 73, 15. Nov. 76, St. **1** 196, **3** 12, O. **17** 740, Dresden 21. Juni 72 St. **2** 108, auch wohl: Dresden 24. Apr., Jena 24. Mai 71, St. **1** 23, 183, wenngleich hier inkorrekter Weise auf die Zeit der Verübung der That kein Gewicht gelegt, sondern schlechthin jede im nunmehrigen Gebiete des DR. verhängte frühere Bestrafung als inländische erklärt wird.

Auch die Theorie nimmt fast übereinstimmend an, daß zur Begründung des Rückfalles Vorbestrafungen von einem Gerichte eines zur Zeit der Verübung der abzuurtheilenden That dem DR. angehörenden Gebietes genügten, mochte das Gebiet auch zur Zeit der Vorbestrafung noch nicht zum Reiche gehört haben; so: Geyer HRl. „Rückfall“, Hälschner **2** 337, v. Liszt S. 448, Merkel aO., Schütze S. 438, Oppenh. N. 1, Rüd.-St. N. 2, v. Schwarze N. 3a, endlich H. Meyer S. 462 (der freilich zum Inl. auch solche Landestheile rechnet, die inzwischen abgetrennt sein sollten). AM. einerseits v. Stemann GS. **23** 413 (abgesehen von den nach Einführung der Verfassung des NDB. bzw. des DR. ergangenen Vorbestrafungen seien zur Begründung des Rückfalles nur solche geeignet, welche in demselben Bundesstaate erfolgt seien, in welchem jetzt die Aburtheilung geschehe) u. ähnlich Harburger Inland S. 85, andererseits Rubo N. 4 (derjenige Ort, wo die Vorbestrafung erfolgte, müsse bereits zur Zeit derselben Inland gewesen sein).

9) „Als Dieb, Räuber oder gleich einem Räuber oder als Hehler“ muß der Thäter vorbestraft worden sein. Das ist auch dann der Fall, wenn die Vorbestrafung nicht wegen vollendeter Thäterschaft, sondern wegen Versuchs oder wegen Theilnahme erfolgt; so die GM., insbs.: **RG.** I 23. Sept. 80 E. **2** 261 (btr. Beih.), II 13. Jan. 82 R. **4** 40 (btr. Versuchs), II 3. März 82, IV 18. Nov. 90, R. **4** 223, G. **38** 441 (btr. Anstiftg.), Berlin 19. Dez. 72, 9. Apr. 74, O. **13** 678, **15** 218, Dresden 16. Juni, Jena 24. Mai 71, St. **1** 92, 183; aM.: v. Stemann GS. **28** 413, Rubo N. 7 u. bezüglich der Beihülfe v. Wächter S. 435, weil der bloße Gehülfe nicht das Verbr. selbst begehe. Demgemäß genügt auch eine Vorbestrafung wegen „vor Begehung der That zugesagter“ Begünstigung eines Diebst. ꝛc. (vgl. § 257 N. N. 47a); **RG.** II 8. Juni 83 E. 8 317, Geyer **2** 49, v. Liszt S. 448, F. Meyer § 257 N. 13, Oppenh. N. 11.

Wenn Vorschriften, wie § 370^5 oder besondere nach EG. § 2_2 neben dem RStGB. in

Kraft gebliebene Gesetze, Bestimmungen enthalten, nach denen gewisse Diebst. (Entwendungen) mit milderen Strafen zu belegen sind, so ist eine auf Grund dieser Bestimmungen erfolgte Vorbestrafung zur Begründung des Rückfalls nicht geeignet; so die OM., insbs.: Stuttgart 27. März, Jena 4. Juli, München 24. Feb. 72, St. 1 284, 2 188, 282, Berlin 12. Juni 74 O. 15 399. Soweit dagegen nach einzelnen Vorschriften dieser Spezialgesetze beim Vorliegen gewisser Thatumstände die Bestimmungen des StGB. über Diebst. Platz zu greifen haben, soweit kommt auch eine Vorbestrafung auf Grund jener Vorschriften für § 244 in Betracht, so: **RG.** I 13. Mai, II 19. Okt. 80, R. 1 772, E. 2 354 (btr. des § 45_2 der PrFPO. v. 1. Nov. 1847), Oppenh. N. 10, Rüd.-St. N. 8; aM.: v. Liszt aO., John ZfStRW. 1 273, nach der historischen Entwickelung des Diebstahlsbegriffes im D. Recht seien derartige in den Spezialgesetzen erwähnte „Wegnahmen", selbst „in gewinnsüchtiger Absicht" begangen, nicht Diebstähle. Zweifellos genügt eine Vorbestrafung wegen eines, als militärisches Verg. sich darstellenden Diebst. aus MStGB. § 138; **RG.** III 27. März 84 E. 10 330.

10) Wenn die Vorbestrafung unter der Herrschaft eines anderen Gesetzes als des RStGB. erfolgte, so können Aenderungen in der Gesetzgebung zu dem Zweifel Anlaß geben, ob eine Vorbestrafung i. S. des § 244 anzunehmen sei. Dabei ist freilich zu beachten, daß auf eine Aenderung lediglich der technischen Bezeichnung einer Strafthat nichts ankommt; so z. B. wenn die frühere Württembergische Gesetzgebung „Entwendung" als gleichbedeutend mit „Diebstahl", oder die Hannoversche „Begünstigung aus Gewinnsucht" als gleichbedeutend mit „Hehlerei" brauchte; Stuttgart 3. Juli 72 St. 2 54, Berlin 24. Jan. 77 O. 18 63. Es kann somit auch nicht die im entscheidenden Theile des Urtheils gebrauchte Bezeichnung des Straffalles, sondern nur die angewendete materielle Strafbestimmung selbst maßgebend sein; so: Hälschner 2 335, Oppenh. N. 5, Rüd.-St. N. 9; aM. Meves StRZ. 12 122.

Einig ist man zwar darüber, daß der Umstand, ob die Verfolgbarkeit der Hdlg. früher von anderen Bedingungen abhing als jetzt, gleichgültig sei; so insbs. hinsichtlich des Antragserfordernisses, ferner hinsichtlich der Verfolgbarkeit jugendlicher Personen im Alter von weniger als zwölf Jahren (**RG.** III 20. Sept. 88 E. 18 116, Berlin 14. März 72 St. 1 289). Dem reiht der Fall sich an, daß eine Bestrafung wegen Versuchs erfolgt ist, obgleich eine solche nach § 46 des RStGB. nicht hätte eintreten können; Rüd.-St. N. 9.

11) Schwieriger sind die Fälle, in denen zufolge einer materiellen Gesetzesänderung der jetzige Verbrechensbegriff mit dem früheren sich nicht mehr deckt:

a. es werden jetzt andere Thatbestandsmomente erfordert als früher;

b. aus dem allgemeinen Diebstahlsbegriffe wird jetzt ein spezieller Deliktsbegriff ausgesondert oder umgekehrt eine früher bestandene Aussonderung kommt jetzt in Wegfall.

Hinsichtlich der Behandlung dieser Fälle stehen zwei Ansichten sich gegenüber; nach der einen sollen lediglich diejenigen Hdlgen, welche nach dem geltenden Rechte als Diebst. sich bezeichnen lassen, zur Begründung des Rückfalles geeignet erscheinen, nach der anderen aber soll der Wechsel der Gesetzgebung unberücksichtigt bleiben und zur Rückfallsbegründung jede Verurtheilung geeignet sein, welche wegen Diebst. rc. i. S. der früheren Gesetzgebung erfolgte. Die erstere Ansicht ist praktisch häufig undurchführbar (vgl. Olshausen Vorbestr. S. 113); man wird deshalb der letzteren, mit dem Wortlaut des § 244 wohl zu vereinbarenden Ansicht den Vorzug geben und annehmen müssen, daß solche Uebergangsfragen im § 244 nicht haben erledigt werden sollen, während § 2_2 seinem Wortlaute nach nicht anwendbar erscheint. So, außer Olshausen aO. und dem o. N. 10 cit. Berlin: **RG.** I 7. Juni 83, 15. März 86, III 28. Juni 88, E. 8 418, R. 8 169, 10 453, Dresden 15. Nov., Stuttgart 19. Juni 72, 27. Aug. 73, St. 2 186, 53, 3 200, Lübeck G. 19 615, Ortloff St. 1 6, Meves StRZ. 12 121, Schütze S. 439 N. 18, Oppenh. N. 5, v. Schwarze N. 4, 5. AM.: Wolfenbüttel 23. Juni 71 St. 1 153, Geyer HRl. „Rückfall", Merkel HRl. „Diebst." S. 531 u. HH. 3 688, 4 411, H. Meyer S. 460, Rubo N. 3, Rüd.-St. N. 9, v. Stemann GS. 23 422.

Weitere Voraussetzungen des § 244. N. 12, 13.

12) Die nächste Voraussetzung des § 244 ist, daß der als Dieb rc. bereits einmal Bestrafte „darauf abermals eine dieser Hdlgen begangen hat und wegen derselben be-

straft worden ist". Eine wörtliche Auffassung dieser Bestimmung ist nicht möglich, da dieselbe zu dem juristischen Unding führen würde, daß nicht blos die noch zu bestrafende, sondern auch eine bereits früher bestrafte That zum Gegenstande des Beweises und der Aburtheilung, wenn auch nicht einer neuen Strafverhängung, gemacht werden müßte; vgl. jedoch Pfizer Anti-Seuffert (Leipzig 1892) S. 6 ff. Was die den Rückfall bedingenden beiden früheren Strafthaten anbetrifft, so ist die gesetzgeberische Absicht nur dahin gegangen, als Voraussetzungen hinzustellen:

a. die Bestrafung wegen einer der gedachten Strafthaten;

b. die darauf folgende nochmalige Bestrafung wegen einer — Inhalts des zweiten Urtheils — nach der ersten Bestrafung verübten Strafthat derselben Art.

Im Übrigen finden auf diese zweite, zu b bezeichnete, Voraussetzung die N. 4—7 ebenfalls Anwendung; vgl. Olshausen Vorbestr. S. 115. Die Annahme von Rubo N. 5, daß der nach der ersten Bestrafung in Betracht kommende Diebst. ꝛc. im Inlande nicht nur bestraft, sondern auch begangen sein müsse, weil die Eingangsworte „Wer im Inlande ꝛc." auch auf die Worte „darauf abermals ꝛc." sich bezögen, wird durch die Wortfassung des § 244 nicht bedingt; sie würde außerdem eine Inkongruenz innerhalb desselben herbeiführen, da der erste Diebstahl (vgl. N. 7) keinesfalls im Inlande begangen zu sein braucht; nach Rubo's eigener Ansicht würde eine weitere Disharmonie mit dem § 261 (das. N. 1) vorliegen.

13) Die dritte und letzte Voraussetzung des § 244 ist die Begehung eines unter § 242 oder § 243 zu subsumirenden Diebst. nach Verbüßung der die zweite Voraussetzung (N. 12) bildenden Strafe; **RG.** II 8. Juli 84 R. **6** 527. Eine nähere Bestimmung erhält diese Voraussetzung noch durch § 245 (das. N. 3).

Was den Thäter („Wer") anbetrifft, so kann nach § 3 nicht zweifelhaft sein, daß auch ein Ausländer aus § 244 zu bestrafen ist, wenn nur die Voraussetzung der Vorbestrafungen im Inlande vorliegt; Berlin 2. Mai 76 O. **17** 297.

Bezüglich der That ist hervorzuheben, daß auch der Versuch und die Theilnahme genügen (N. 9_1); so die GM. (auch Rubo N. 7), insbs.: **RG.** I 3. Mai (btr. Versuch), 29., 23. Sept. 80 (btr. Theilnahme), R. **1** 715, **2** 275, E. **2** 261, Berlin 11. Dez. 72, 3. Dez. 73, 8. Jan. 74, St. **2** 188, **3** 346, O. **15** 9; aM. v. Stemann GS. **23** 413 und btr. Beihülfe v. Wächter S. 435. Dabei ist gleichgültig, ob der Thäter selbst nur aus § 242 oder § 243, nicht aber wegen Rückfalls zu bestrafen war; es folgt dies aus den allgemeinen Grundsätzen über Bestrafung des Versuchs (§ 44) bzw. der Theilnahme, nicht aus dem Prinzip des § 50 (das. N. 3), wie Dresden 17. Apr. 71 St. **1** 21 annimmt.

Strafe; Verjährung, Zuständigkeit. N. 14, 15.

14a) Für die Bestrafung des vollendeten Verbr. gilt Folgendes:

Die ordentliche Hauptstrafe ist Zuchthaus (§ 14_2) und zwar beim einfachen Diebst. von 1—10 J., beim schweren von 2—15 J.

Für den Fall mild. Umst. (Th. I Abschn. 4 N. 13a ff.) ist die Hauptstrafe Gefängniß bis 5 J. (§ 16) und zwar beim einfachen Diebst. von 3 Mt., beim schweren von 1 J. an.

Wegen der Nebenstrafen vgl. § 248.

b) Der Versuch des Verbr. (vgl. einerseits § 43_1, andererseits §§ 242 N. 39, 243 N. 61) ist nach den §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen.

Wegen Strafantrag und Strafausschließung vgl. § 247.

15) Nach § 67_2 verjährt die Strafverfolgung des einfachen Diebst. im wiederholten Rückfalle in zehn, diejenige des schweren in funfzehn Jahren.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. § 73^5.

§. 245.

Die Bestimmungen des §. 244 finden Anwendung, auch wenn die früheren Strafen nur theilweise verbüßt oder ganz oder theilweise erlassen sind, bleiben jedoch ausgeschlossen, wenn seit der Verbüßung oder dem Erlasse der letzten Strafe bis zur Begehung des neuen Diebstahls zehn Jahre verflossen sind.

PrStGB. §§ 219, 60. Entw. I § 219 Abs. 3, II § 240.
Vgl. §§ 250⁵, 261 Abs. 3, 264 Abs. 3.

1) Der § 245 enthält bezüglich der im § 244 bezeichneten Voraussetzungen des Diebst. im wiederholten Rückfalle nähere Bestimmungen, und zwar in zwei Punkten: einmal hinsichtlich des Begriffes der Bestrafung, soweit es nicht nur um die Verurtheilung zu Strafe sich handelt (§ 244 N. 4), dann hinsichtlich des Zeitraumes, in welchem der neue Diebst. begangen sein muß (§ 244 N. 13); so enthalten erst die beiden §§ 244, 245 zusammen den vollen Umfang der Voraussetzungen des Diebst. im wiederholten Rückfalle (§ 244 N. 3).

2) Die Bestimmungen des § 244 finden Anwendung, „auch wenn die früheren Strafen nur theilweise verbüßt oder ganz oder theilweise erlassen sind". Eine nach § 70 verjährte Strafe ist sonach ungeeignet, den Rückfall zu begründen, wiewohl die Verjährung in anderen Fällen (vgl. §§ 36, 38) der Verbüßung oder dem Erlaß der Strafe gleichgestellt ist; Rüd.-St. N. 1.

Die „theilweise Verbüßung" der früheren Strafe anlangend, so ist es, falls früher auf eine Gesammtstrafe (§ 74 N. 11) erkannt worden war, genügend, wenn nur mit deren Verbüßung der Anfang gemacht ist, was wesentlich auf Grund der maßgebenden StPOrdnungen zu entscheiden ist (vgl. § 244 N. 6), sollte die Strafe auch zum Theil wegen einer den Rückfall nicht begründenden Strafthat erkannt worden und die Einsatzstrafe sogar nach dieser bemessen gewesen sein; es folgt dies aus dem einheitlichen Charakter der Gesammtstrafe, bei der jeder Theil wegen aller mitabgeurtheilten Delikte als erkannt und somit auch als verbüßt erscheint; Oppenh. N. 3, Rüd.-St. N. 3, Olshausen Vorbestr. S. 90.

Die Frage, ob auch die bloße Vollstreckung einer Nebenstrafe, z. B. der Einziehung, (die einer solchen nicht bedürfenden scheiden nach dem Begriffe der „Verbüßung" überhaupt aus; § 244 N. 6) als eine „theilweise Verbüßung" i. S. des § 245 anzusehen sei, wird nach dem Geiste der Bestimmung richtiger zu verneinen sein; offenbar ist auf die wenigstens theilweise erfolgte Vollstreckung der Hauptstr. Gewicht gelegt; so: Merkel HH. **4** 412, Olshausen Vorbestr. S. 92; aM. Oppenh. N. 3.

3) Die Bestimmungen des § 244 bleiben ausgeschlossen, „wenn seit der Verbüßung oder dem Erlasse der letzten Strafe bis zur Begehung des neuen Diebstahls zehn Jahre verflossen sind."

Der klare Wortlaut läßt keinen Zweifel darüber, daß die Rückfallsstrafe nur dann ausgeschlossen ist, wenn seit der Verbüßung oder dem Erlasse der wegen Diebst. ꝛc. erkannten letzten, d. h. der unmittelbar vor dem jetzt zur Aburtheilung vorliegenden „neuen" Diebst. erkannten, Strafe bis zur Begehung „dieses neuen Diebst. zehn Jahre verflossen sind; Zwischenräume von dieser oder längerer Dauer zwischen anderen, der „letzten" Strafe vorangehenden, Bestrafungen und dem darauf verübten Diebst. ꝛc. sind dagegen für die sog. Rückfallsverjährung bedeutungslos. So die GM., insbs.: RG. I 4. März, III 29. Mai 90, E. **1** 246, R. **1** 833, Berlin OAG. 11. Okt., OTr. 11. Okt. 71, 10. Jan., 13. Sept. 72, Wolfenbüttel 11. Apr. 71, Stuttgart 12. Aug., 2. Okt., 28. Dez. 72, Mannheim 7. Sept. 72, 15. März 73, St. **1** 53, 135, 184, **2** 56, **1** 154, **2** 54, 198, 109, **3** 201. AM.: Jena 14. Nov. 72 St. **3** 17, Blum N. 1, v. Kirchmann N. 1, F. Meyer N. 2, Pfizer Anti-Seuffert S. 19 ff., während Oppenh. N. 6 die Frage für „nicht unzweifelhaft" erklärt.

Im übrigen ist die Frage, ob die „Verbüßung" (bzw. der „Erlaß") nur von der Hauptstrafe zu verstehen sei, in demselben Sinne wie für den Fall des § 79 (das. N. 8), zu beantworten, d. h. die zehnjährige Rückfallsverjährungsfrist ist auch i. S. dieser Gesetzesbestimmung von der Verbüßung der Freiheitsstrafe zu berechnen; RG. I 23. Sept. 86 E. **14** 413.

4) Nach Analogie der §§ 67_4, 70_2 beginnt die Rückfallsverjährung mit dem letzten Tage der Verbüßung bzw. mit dem Tage des Erlasses; so: v. Schwarze N. 2, Olshausen Vorbestr. S. 118; aM.: Puchelt N. 6, Rubo N. 6, Rüd.-St. N. 3, welche a momento ad momentum rechnen.

Wenn Theilverbüßung und Erlaß mit einander konkurriren, namentl. in der Weise, daß zuerst ein Theil der Strafe verbüßt, dann eine Unterbrechung eingetreten und endlich

der Erlaß des Restes der Strafe erfolgt ist, so ist die zehnjährige Frist von dem Tage des Erlasses zu berechnen; denn der Erlaß ist der Verbüßung gleichgestellt, folglich ist der Erlaß der Reststrafe gleich der Verbüßung der Reststrafe und wird demgemäß die nach der Theilverbüßung begonnene Verjährungsfrist durch den Akt des Erlasses naturgemäß unterbrochen; nach Analogie der §§ 68_3, 72_2 ist aber anzunehmen, daß nach der Unterbrechung eine neue, ebenfalls zehnjährige Verjährungsfrist beginne. So: Rüd.-St. N. 3, Olshausen aO. AM.: Merkel HH. 4 412, Oppenh. N. 5, Rubo N. 4, v. Schwarze N. 2, welche die Rückfallsverjährung mit der Beendigung der Theilvollstreckung beginnen lassen, nach Rubo, der vom Standpunkte der Gesetzgebung eine Aenderung empfiehlt, „weil zur Anwendung des § 244 gehöre, daß weder seit der Verbüßung, noch seit dem Erlasse der Strafe zehn Jahre verflossen seien".

War die „letzte" Vorstrafe eine wegen mehrerer konkurrirender Fälle, von denen nur einer zu den im § 244 bezeichneten gehörte, verhängte Gesammtstrafe, so beginnt die Verjährung dennoch erst mit der Verbüßung oder dem Erlaß der Gesammtstrafe, als solcher, deren einheitlicher Charakter eine Rücksichtnahme auf die für die einzelnen Delikte zu verhängenden Strafen ausschließt (vgl. N. 2_3); so die GM.

Wie das frühere Recht die Rückfallsverjährung regelte, ist gleichgültig, so namentl., ob nach demselben eine Verjährung bereits eingetreten sein würde, sei es, weil eine Diebstahlsstrafe nicht berücksichtigt werden durfte, weil sie polizeilich erkannt war, sei es aus einem anderen Grunde; so die oben citt. Wolfenbüttel u. Stuttgart sowie: Mannheim 7. Sept. 72, Stuttgart 4., 18. Sept. 72, St. 2 109, 55, welches letztere insbs. ausführt, daß darauf, ob die Rückfallsverjährung bezüglich des letzten Diebst. bis zur Einführung des RStGB. schon eingetreten sein würde, nichts ankommen könne.

§. 246.

Wer eine fremde bewegliche Sache, die er in Besitz oder Gewahrsam hat, sich rechtswidrig zueignet, wird wegen Unterschlagung mit Gefängniß bis zu drei Jahren und, wenn die Sache ihm anvertraut ist, mit Gefängniß bis zu fünf Jahren bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann auf Geldstrafe bis zu neunhundert Mark erkannt werden.

Der Versuch ist strafbar.

PrStGB. §§ 225—227. Entw. I §§ 223, 224 Abs. 1, II § 241. StB. S. 677—680.

Ableugnen d. Besitzes 12 b.
Absicht, gewinnsüchtige ꝛc. 21.
Anbieten z. Kauf 12 c.
Annahme, irrthümliche, eines Rechts 20 I b.
Anvertrauen 23, 9.
Aeußerungen, mündl. 12.
Aufrechnung 20 I b.
Begriff 1.
Beihülfe 25.
Bereicherungsabsicht 21.
Besitz (Gewahrsam) 8, Erlangung dess. 9.
Bevollmächtigter 23.
Civilrecht, Eigenthum 3, 4.
Dolus 19 f.
Eigenthum, Begriff 3, 4, Verletzung dess. 1.
Einverständniß, vermuthetes 20 I a.
Einwilligg. i. d. Wegnahme 12 a.
Einwirkung, körperl. 12.
Erkennbarkeit des Zueignungswillens 12.
Erstattung in genere 14.
Fund 9 c, 17.
Gebrauch 13.
Gegenforderungen 20 I b.
Gewahrsam s. Besitz.
Hinbringen z. Trödler 16.
Idealkonk. 26.
Irrthum 9 b.
Kaution 6 II.
Kompensation 20 I b.
mala fides superv. 19.
Naturereignisse 9 a.
Okkupation 9 d.
Rechte (Forderungen) 2.
Rechtswidrigkeit 18.
Sache (insbs. bewegl.) 2, fremde 3, Praxis, insbs. d. RG. 6, 7 herrenlose 5, vertretbare 14 Abs. 2.
Schatz 6 III c.
Strafe 27.
Theilnahme 25.
Uebergabe, körperl. 23.
Umstand, straferhöh. 22, mild. 27.
Unterlassung 11, 17.
Unterschl., einf., qualif. 9, 22.
Verbrauch 14.
Verhältniß z. Hehlerei 25.
Verjährung 28.
Verkauf (unter Vorbehalt) 16.
Verpfändung 15.
Verschweigen eines Fundes 17.
Versuch 24 Abs. 1.
Veruntreuung 22.
Vollendung 24 Abs. 2.
Vorbereitung 24 Abs. 3.
Wegnahme, widerrechtl. 9.
Zueignung 11, rechtswidrige 10.
Zueignungshdlgen 13 ff.
Zuständigkeit 28.

Einfache Unterschlagung. N. 1—21.

1) Das StGB. hat, im Anschluß an Entw. II, „die in der Wissenschaft wie in der Rechtsanschauung des Volkes und in der Natur der Sache begründete Verwandtschaft der Verg. des Diebst. und der Unterschl. festgehalten und den Thatbestand der letzteren einfach als die rechtswidrige Aneignung der fremden beweglichen Sache, in deren Inhabung der Thäter sich bereits befindet, bezeichnet"; so die Motive.

Es erhellt hieraus, daß die Unterschl. lediglich die vorsätzliche Verletzung der das Eigenthumsrecht schützenden Norm ist; Binding Normen 1 213, 2 540, Berner S. 553, Hälschner 2 353, v. Liszt S. 460. Vgl. u. N. 19.

2) Wegen des Begriffs der „Sache" vgl. § 242 N. 3. Dieselbe ist auch hier im Gegensatz zu „Rechten", insbs. „Forderungsrechten", gedacht (vgl. § 266[2]); so, außer den Motiven: RG. II 11. Feb. 81, I 15. Nov. 80, 11. Juli 81, III 12. Feb. 91, E. 3 344, 35, 5 4, 21 364, Dresden 8. Mai 71 St. 1 120. Zutreffend hat man daher in der Praxis zwar einerseits, weil die btr. Urkunden mit den Forderungsrechten nicht zu identifiziren sind, als Gegenstand einer Unterschl. angesehen: ein Hypothekendokument, eine Prioritätsobligation; RG. II 11. Feb. 81, 21. März 82, E. 3 344, 6 117; unterzeichnete, aber unausgefüllte Wechselformulare; Berlin 19. Nov. 74 St. 4 372; andererseits aber die Möglichkeit einer Unterschl. am sog. literarischen Eigenthum bzw. am Verlagsrecht zum erstmaligen Abdruck verneint; Dresden 1. Apr. 78 St. 8 208.

Für bedenklich ist dagegen mit H. Meyer S. 639 N. 53 u. Rüd.-St. N. 9 die Annahme, daß die gänzliche o. theilweise Entwerthung eines Sparkassenbuchs durch Einziehung des Guthabens eine Unterschl. bilde (Berlin 27. Jan. 76 O. 17 68), vielmehr wird dieselbe nur unter Umständen einen Schluß auch auf die Zueignung des Buches selbst gestatten (vgl. § 242 N. 29).

Wegen des Begriffs der „Beweglichkeit" vgl. § 242 N. 4.

3) Wegen des Begriffs der „fremden" Sache ist § 242 N. 5—11 zu vergleichen. Auch an einer gemeinschaftlichen Sache ist Unterschl. seitens des Miteigenthümers möglich; RG. III 10. Dez. 88 R. 10 715.

Die Frage, ob eine Sache eine „fremde" sei, ist auch bei der Unterschl. lediglich auf Grund des am Orte der That geltenden Civilrechts zu beantworten (§ 242 N. 5); es handelt sich um einen juristischen Begriff, der seine positive Ausbildung erhalten hat und im Strafrecht nicht aus dem Gesichtspunkte einer Aufrechterhaltung von Treu und Glauben im Verkehr modifizirt werden kann; der Begriff eines sog. strafrechtlichen Eigenthums im Gegensatz zum civilrechtlichen ist ein Unding. Das Gesagte gilt namentl. auch für diejenigen Fälle, in denen es um den Eigenthumserwerb durch Stellvertreter, bzw. auf Seiten des Bevollmächtigten, sich handelt. So: Huber Unterschl. S. 104, Kapff Unterschl. S. 40, Binding Normen 2 545 N. 783, Merkel HRl. „Unterschl." u. HH. 3 693, 4 412, Berner S. 555, Hälschner 2 346, 353, v. Liszt S. 458, H. Meyer S. 632, Schütze S. 441 N. 5, Oppenh. N. 2, Rubo N. 3 bzw. § 242 N. 3, Rüd.-St. N. 10, auch Rassow Gruchots Beiträge 22 459. AM. Blum N. 2 u. v. Schwarze N. 7, welche die civilrechtl. Grundsätze nicht für ausreichend und namentlich für den Fall eines Auftrags- oder ähnlichen Rechtsverhältnisses den beim Eingehen desselben kundgegebenen Willen der Kontrahenten für maßgebend erachten.

4) Die Stellung der Praxis zu der in N. 3 erörterten Frage ist folgende:

I) Der civilrechtliche Eigenthumsbegriff wird als entscheidend angesehen von: RG. II 2. Apr., I 24. Mai, 15. Nov., II 28. Dez. 80, II 11. Feb., I 11. Juli, II 19. Nov. 81, 13., 24. Okt. 82, III 12. Feb., 21. Sept. 91, E. 1 343, 2 65, 3 35, 150, 344, 5 4, 165, 7 93, 123, 21 364. 22 354, I 30. Sept. 80, III 4., II 24. Jan. 82, R. 2 281, 4 14, 63 (woselbst übereinstimmend ausgeführt wird, daß die Frage des Eigenthums und des Eigenthumsüberganges als eine civilrechtl. lediglich nach den am Orte der That geltenden privatrechtl. Grundsätzen zu entscheiden sei, daß ferner die Sicherheit der Strafrechtspflege verbiete, etwa auf Grund der Erwägung, daß die civilrechtl. Grundsätze über den Eigenthumserwerb zur Deckung der kriminalistischen Bedürfnisse nicht ausreichten, behufs Sicherung von Treue und Glauben im geschäftlichen Verkehre das gegebene Strafgesetz durch Analogie über seinen ge-

setzlichen Rahmen hinaus auszudehnen), Berlin OAG. 20. Dez. 71, 27. Apr., 22. Juni 72, 25. Jan. 73, St. **1** 156, 357, 359, **2** 236 (woselbst gleichfalls die Eigenthumsfrage durchweg auf Grund des maßgebenden Civilrechts geprüft wird), Stuttgart 29. Okt. 74 St. **4** 371, welches ebenso verfährt.

II) Den N. 3 gekennzeichneten abweichenden Standpunkt nehmen dagegen ein: ROHG. 4. Apr. 76 Entsch. **20** 65; ferner Berlin OTr. 7. Dez. 71, 7. Sept. 76, 3. Nov. 77, 6., 14. Juni 79, 31. Jan. 72, 29. Mai 77, 13., 19. März 78, O. **12** 629, **17** 545, **18** 688, **20** 288, 295, St. **1** 236, **7** 318, **8** 198, G. **26** 211, woselbst durchweg die Ansicht vertreten wird, daß nicht der civilrechtl. Eigenthumsbegriff, sondern das zwischen dem Thäter und dem Beschädigten bestehende Rechtsverhältniß derartig maßgebend sei, daß Unterschl. selbst bei einem blos persönlichen Anspruch auf Aushändigung des Geldes rc. angenommen werden könne. Wenn Rassow, Gruchots Beiträge **22** 462, viele das Thatbestandsmoment der fremden Sache bei der Unterschl. betreffende Entsch. des OTr. dadurch rechtfertigt, daß dasselbe auf Grund der freien Beweistheorie häufig in der Lage gewesen sei, das objektive Rechtsverhältniß zwischen Mandanten und Stellvertreter, mehr als der Civilrichter, in den Vordergrund zu drängen, und aus diesem objektiven Rechtsverhältnisse auf die thatsächliche Willensrichtung der Kontrahenten zu schließen, so trifft dieser Gesichtspunkt doch für viele andere und namentl. für die oben citirten Entsch. nicht zu; bei ihnen handelt es sich in der That darum, einen besonderen strafrechtl. Eigenthumsbegriff dem civilrechtl. gegenüberzustellen.

III) Schwankend in seiner Auffassung ist München 9. Mai 73, 9. März 76, St. **2** 325, **6** 309, indem dasselbe einmal die Unterschl. für ausgeschlossen erklärt, wenn es nicht um einen Eingriff in fremdes Eigenthum, sondern nur um die Nichterfüllung einer lediglich auf einem Schuldverhältnisse beruhenden Verpflichtung sich handele, ein anderes Mal dagegen dem Umstande, daß nach civilrechtl. Grundsätzen das Eigenthum des von dem Angeklagten mandatario nomine eingenommenen Geldes an ihn gelangt sei, einen Einfluß auf das strafrechtl. Gebiet nicht gestatten will, weil die Verletzung von Treu und Glauben auf Seiten des Thäters sonst ungestraft bleiben würde.

5) Herrenlose Sachen können sowenig Gegenstand einer Unterschl. wie eines Diebst. sein (vgl. § 242 N. 7). Dabei ist es ganz gleichgültig, ob die Sache, trotzdem sie herrenlos war, dennoch bereits im Besitze des dieselbe sich Aneignenden stand und von diesem für eine fremde gehalten wurde (München 23. Mai 73 BayerE. **3** 254, Binding Normen **2** 553 N. 798), oder ob dies nicht der Fall, wie z. B. beim Auffinden abgeworfener Hirschstangen, die im Gebiete des PrALR. — wenigstens Mangels entgegenstehender provinzieller Normen — res nullius sind (Berlin 17. Juni, 19. Okt. 75, St. **5** 84, 362).

6) Aus der Praxis des **RG.** sind folgende Entscheidungen über das Thatbestandsmerkmal der „fremden" Sache hervorzuheben:

I. btr. Reichsrecht:

a. die Geldsumme, welche Jemand im Zwangsvollstreckungsverfahren nach CPO. § 773 von seinem Prozeßgegner als „Vorauszahlung der Kosten" zum Zwecke der Vornahme einer dem letzteren durch Urtheil auferlegten Hdlg. erlangt hat, ist für ihn keine fremde Sache; I 17. Okt. 83 E. **9** 276;

b. ein Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft (über das Vorhandensein einer solchen vgl. **RG.** II 18. Feb. 90 G. **38** 50) kann, ohne daß die Artt. 95, 100, 102, 114 HGB. entgegenstehen, an Geldern der Handelsgesellschaft, und zwar zum vollen Werthbetrage dieser Gelder, Unterschl. begehen, obschon die Gesellschafter an sich zu Verfügungen über die Gelder nach dem Gesellschaftsvertrage berechtigt waren; III 5. Juli 82 E. **7** 18; dsgl. der persönlich haftende Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft an Geldern der letzteren; III 4. Okt. 88 E. **18** 123; Werthpapiere, welche ein Kommissionär auf eigenen Namen bei einem Dritten für den Kommittenten angekauft hat, sind für jenen „fremde" Sachen, wenn sie nach Zahlung des Ankaufspreises seitens des letzteren mit seiner Zustimmung bei dem Dritten liegen bleiben, weil zur Uebertragung des Eigenthums der thatsächliche Besitz auf Seite des Uebertragenden nicht erforderlich ist, vielmehr die Besitzübertragung auch durch constitutum, possessorium erfolgen kann; I 17. Dez. 85 E. **13** 178; das Verhältniß eines „Agenten"

(eine in sehr verschiedenem S. gebrauchte Bezeichnung) kann je nach Lage des Falles auch als Verkaufskommission angesehen werden, weshalb ein solcher alsdann einer Unterschl. sich nicht schuldig macht, wenn er die mit dem Auftrage des Verkaufs erhaltenen Waaren für sich verwendet; II 15. Juni 88 G. **36** 317; eine an den demnächstigen Abheber der Summe erfolgte Girozahlung, d. h. durch Umschreibung bei der Bank erfolgte Baarzahlung, begründet in keiner Weise Eigenthum irgend einer dritten Person an dem im Besitze der Bank befindlichen baaren Gelde; III 12. Feb. 91 E. **21** 364;

c. derjenige, welcher zur Sicherung von Darlehnen Wechsel auf die Darlehnsempfänger gezogen hat, ist durch die Uebergabe der auf ihn als Gläubiger lautenden und von den Bezogenen acceptirten Wechsel nach WO. Art. 36 als Eigenthümer derselben legitimirt und begeht durch Verfügung über dieselben, auch nach Tilgung der Darlehnsschulden, keine Unterschl.; II 2. Apr. 80 E. **1** 343; wie beim Inhaberpapier, so ist auch beim Ordrepapier und folgeweise auch beim Wechsel das obligatorische und das sachliche Element zu trennen; die auf der formalen Natur des Wechsels und Indossaments ruhenden, nach außen eintretenden Rechte und Wirkungen sind für die Frage der Unterschl. nicht maßgebend, da es hierfür vielmehr darauf ankommt, wem gemäß den das konkrete materielle Rechtsgeschäft nach Civilr. beherrschenden Grundsätzen das Eigenthum an dem Wechsel als individueller körperlicher Sache, als Urkunde, zusteht; nicht die formale Legitimation des Wechselinhabers, sondern die Abrede zwischen dem Geber und Nehmer des Wechsels ist für den Eigenthumsübergang entscheidend; I 15. Nov. 80, 11. Juli 81, II 13. Okt. 82, E. **3** 35, **5** 4, **7** 93; die zur Deckung domicilirter Wechsel von dem Wechselschuldner seitens des Domicilirten empfangenen Gelder sind für diesen „fremde"; die auf Grund eines Blankogiros zufolge Auftrages, die Wechselsumme für den Giranten zu erheben, empfangenen Gelder werden eigene Gelder des Erhebenden, selbst wenn er beim Empfange das Eigenthum seinem Auftraggeber erwerben wollte; IV 26. Sept. 84 R. **6** 570;

d. wg. der Frage des Eigenthumsüberganges von Geld, welches durch Vermittelung der Post im Wege der Postanweisung an einen Bevollmächtigten gelangt (RPostG. v. 28. Okt. 71 §§ 6, 50), vgl. IV 10. Juni 90 E. **20** 436;

II. btr. Gemeines Recht (s. auch u. IV): der im eigenen Namen auftretende Angeklagte, welcher als Bäckergeselle bei einem Bäckermeister in Kondition stehend von diesem jeden Morgen eine Anzahl Brode zum Austragen und Verkaufe erhalten hatte, erwirbt bei seiner diesfälligen Willensübereinstimmung mit den kaufenden Tradenten durch die Tradition des Kaufgeldes Besitz und Eigenthum daran für sich selbst, ohne Rücksicht darauf, ob er nach seinem Rechtsverhältnisse zu seinem Meister als Käufer, Trödler oder Kommissionär Eigenthümer der Brode geworden bzw. wenigstens zum Verkaufe derselben im eigenen Namen befugt war, oder ob er etwa nur als einfacher Beauftragter des letzteren den Verkauf ausdrücklich als dessen Vertreter hätte ausführen sollen; II 28. Dez. 80 E. **3** 150; derjenige, welcher in legaler Ausübung der ihm vom Fischereiberechtigten übertragenen Stellvertretung fischt, erwirbt das Eigenthum an den gefangenen Fischen sofort für die Herrschaft; III 10. Dez. 85 E. **13** 195; eine durch Hingabe von baarem Gelde bestellte Kaution geht im Zweifel in das freie Eigenthum des Pfandnehmers über; III 21. Sept. 91 E. **22** 354;

III. btr. Preußisches Recht (s. auch u. IVa):

a. durch „simulirte" Geschäfte können nach PrALR. I 4 § 52 keine Rechte erworben werden; deshalb erwirbt auch aus einer simulirten Darlehns- und Hypothekenverschreibung der fingirte und in das Grundbuch eingetragene Darlehnsgläubiger nicht das Eigenthum an dem ausgefertigten Hypothekendokumente; II 11. Feb. 81 E. **3** 344 (s. übrigens u. unter g); bei Bezahlung mittels einer Banknote, welche von dem Zahlenden in der irrthümlichen Meinung hingegeben wird, daß sie über einen geringeren Werthbetrag laute, als auf derselben vermerkt war, wird nach PrALR. I 4 § 81 wegen wesentlichen den Gegenstand der Zahlung u. Tradition betreffenden Irrthums der Eigenthumsübergang nicht bewirkt und kann deshalb die ganze Banknote Gegenstand einer Unterschl. sein; IV 12. Jan. 86 R. **8** 43 (s. u. f. u. h);

b. nach PrALR. I 7 § 71 kann darin, daß der mit dem Ankaufe von Werthpapieren

beauftragte Bankier nach Ausführung des Auftrages in seinen Handelsbüchern die Nummern der angekauften Stücke als dem Besteller gehörig vermerkt, ein constitutum possessorium nicht gefunden werden, weil dasselbe den allgemeinen Grundsätzen über die Vertragsform untergeordnet ist; II 1. Nov. 83 E. **9** 179;

c. der „Schatz" ist zwar nach PrALR. I 9 § 74 ff. zur Zeit der Auffindung herrenlos, aber im Augenblick seines Zutagetretens vollzieht sich ohne weiteres kraft Gesetzes zu Gunsten des Entdeckers und bzw. des Grundeigenthümers der Eigenthumserwerb, so daß der Finder durch Zueignung des ganzen Schatzes eine Unterschl. begehen kann; I 17. Nov. 79 E. **1** 16;

d. nach PrALR., insbs. I 9 § 299, 4 §§ 84, 85, 7 §§ 58 f., 15 §§ 45 f., liegt eine rechtswidrige Zueignung fremder Sachen vor, wenn ein Kassenbeamter Gelder, welche er sich leiheweise beschafft und unter dem nicht erklärten Vorbehalte der Rücknahme dem Revisor als Kassengelder vorgelegt hat, nach der Revision aus der Kasse wieder an sich nimmt; II 24. Okt. 82 E. 7 123;

e. dem „Vorbehalte des Eigenthums" kann nach PrALR. I 11 §§ 266, 269, bei Festsetzung eines oder mehrerer bestimmter Zahlungstermine, durch Verabredung die Natur einer den Eigenthumsübergang aufschiebenden Bedingung beigelegt werden; III 10. Nov. 80 E. **3** 114;

f. nach PrALR. (vgl. I 11 §§ 363 ff.) ist die Unterschl. einer Banknote über 500 M., die ein mit Einkassirung eines Wechsels beauftragter Geschäftsgehülfe gegen den Wechsel erhalten hatte, in dem Augenblick vollendet, wo er dieselbe einem Verkäufer zur Zahlung einer eigenen, nur einen Theilbetrag ausmachenden Schuld als Zahlungsmittel übergab, so daß er an dem herauserhaltenen Geldbetrage das Eigenthum erwirbt; II 29. Juni 83 E. 8 433 (dagegen Fuchs G. **32** 172, der auf Grund der Natur des Geldes verneint, daß das Eigenthum an dem herausgegebenen Betrage auf den Empfänger übertragen sei);

g. nach PrALR. (vgl. I 11 §§ 376 ff., 16 §§ 30 ff.) werden die auf Grund einer simulirten Cession vom Cessionar für den Gläubiger eingezogenen Geldbeträge (nicht die Forderung selbst; s. o. unter a) Eigenthum des Cessionars; II 13. März 83 R. 5 168;

h. der Empfänger einer „Zahlung" erwirbt an dem vom Zahlenden aus Irrthum über die Höhe seiner Verbindlichkeit zu viel Bezahlten das Eigenthum, und besteht für ihn nach PrALR. I 11 § 653 nur eine persönliche Verpflichtung zur Zurückgabe; I 24. Mai 80 E. **2** 65 (dagegen Fuchs aO. S. 161);

i. nach PrALR. I 13 §§ 21 f. überträgt ein Bevollmächtigter an Geldern, welche er, um eine eigene Schuld an den Geschäftsherrn zu bezahlen, in ein für die Aufbewahrung der fremden Gelder ausschließlich bestimmtes Behältniß gelegt hat, das Eigenthum, so daß er daran Unterschl. begehen kann, dagegen steht ihm in dieser Beziehung der Geschäftsführer ohne Auftrag (das. § 239) nicht gleich, solange die Ratifikation noch aussteht, weil die rückwirkende Kraft derselben für die strafrechtl. Beurtheilung eine Bedeutung nicht beanspruchen kann; II 27. Nov. 83 E. **9** 248;

k. bei einer aus Irrthum im Beweggrunde (hervorgerufen durch einen bei Führung der Bücher untergelaufenen Irrthum) erfolgenden Zahlung eines Mehrbetrages geht nach PrALR. I 16 §§ 166 ff. durch Empfangnahme des Geldes mit der dem Willen des Zahlenden entsprechenden Absicht das Eigenthum auf den Empfänger auch dann über, wenn letzterer in Erkenntniß des Irrthums den Mehrbetrag nicht als Zahlung sich zueignet; II 19. Nov. 81 E. 5 165 (dagegen Fuchs aO. S. 161);

l. nach der PrVormundschaftsO. kann ein Vormund über Mündelvermögen Verträge mit sich selbst wirksam nicht abschließen, folglich auch nicht auf Grund solcher Verträge Eigenthum an Mündelgut erwerben; I 22. Nov. 83 E. **9** 337;

m. die Frage, inwieweit ein PrBeamter an sog. Deputatholz, welches ihm als Bestandtheil seiner Besoldung verwilligt und überliefert ist, Eigenthum erwirbt, entscheidet sich nicht nach den Bestimmungen des PrALR. I 4 §§ 153 ff. bzw. I 8 § 9, sondern vielmehr nach den speziellen Verhältnissen des Anstellungsverhältnisses, insbs. der maßgebenden Dienstinstruktion; II 16. Jan. 80, 11. Jan. 81, E. **1** 75, **3** 184;

IVa. btr. Gemeines (s. o. II) und Preußisches (s. o. III) Recht: die Vermischung

fremden Geldes mit eigenem begründet bei vorliegender Nichtunterscheidbarkeit der species der Regel nach Alleineigenthum des Vermischenden; III 2. Nov. 91 E. 22 230 (woselbst die Ausnahmsfälle erörtert werden);

b. btr. Gemeines und Kgl. Sächsisches Recht: wg. der Frage, ob der Uebergang des Eigenthums an der dem Stellvertreter übergebenen Sache unmittelbar auf den Vertretenen unter allen Umständen voraussetze, daß der Stellvertreter bei der Uebergabe durch ausdr. o. stillschw. Willenserklärung im Namen des Vertretenen auftrete, vgl. RG. III 7. Okt. 89 E. 19 429;

V. btr. Bayerisches Landrecht:

a. der Dahrlehnsempfänger, welcher irrthümlich eine uneröffnete Rolle mit 44 Doppelkronen anstatt einer solchen mit 50 Markstücken erhält, begeht durch Aneignung der Goldrolle nach Entdeckung des Irrthums eine Unterschl.; I 23. Dez. 80 E. 3 134;

b. der in Gemäßheit eines const. poss. im faktischen Besitze zum zeitlichen Nießbrauche verbliebene Verkäufer einer beweglichen, als Pertinenzstück zu einem verhypothecirten Grundstücke gehörigen Sache kann durch Zueignungsverfügung über dieselbe eine Unterschl. begehen; die zur Uebertragung des Eigenthums erforderliche Erklärung des Verkäufers, fortan im Namen des Erwerbers besitzen zu wollen, kann aus konkludenten Hdlgen geschlossen werden; die Pertinenzqualität der Sache steht dem Eigenthumsübergange an den gutgläubigen Erwerber nicht im Wege; durch Perfektion des Verkaufs wird die Sache für den Verkäufer eine fremde; I 7. Mai 83 R. 5 323;

VI. btr. Französisches (Rheinpreuß.) Recht: an einem auf fremdem Grund und Boden gefundenen Schatze wird vom Finder und Grundeigenthümer Miteigenthum zu gleichen Theilen, und zwar an jedem einzelnen Theile des Schatzes (z. B. jeder Münze), erworben; I 12. Jan. 91 E. 21 270.

7) Aus der Praxis früherer oberster Landesgerichte sind folgende Entscheidungen über das Thatbestandsmerkmal der „fremden" Sache hervorzuheben:

btr. das Handelsgesetzbuch: ein die Geschäfte einer Gesellschaft führender Socius, welcher für seine Mitsocii eine Zahlung in Empfang nimmt, erwirbt, trotz der nur das Verhältniß der Theilnahme zu Dritten btr. Bestimmungen im Art. 269, das Miteigenthum an den gezahlten Summen seinen Sociis unmittelbar, sofern seine Absicht darauf gerichtet ist; Berlin 13. Dez. 77 St. 8 200; ein Gesellschafter, welcher von einem anderen aus dem Gesellschäftsvermögen Geld behufs einer bestimmten Verwendung erhält, begeht durch Verwendung des Geldes zu anderen als Gesellschaftszwecken eine Unterschl.; München 4. Aug. 77 St. 8 199.

Außerdem sind zu vergleichen mit den in N. 6 citt. Entsch. des RG. und zwar:

zu Ib: Berlin 1. Nov. 76 O. 17 706, denselben Grundsatz bezüglich des der Gesellschaft gehörigen Waarenlagers aussprechend;

zu IIIa: Berlin OAG. 22. Juni 72, OTr. 10. Nov. 76, St. 1 359, O. 17 731, wonach simulirte Geschäfte bezüglich des Eigenthumsübergangs gleichfalls für einflußlos erachtet werden;

zu IVa: Berlin 31. Okt. 73, 29. Apr. 75, O. 14 679, St. 5 83, welches nach PrALR. Unterschl. durch Zueignung einer Rumän. Eisenbahnaktie über 1000 Thl. bzw. eines 100-Thalerscheins, die irrthümlich statt der als Darlehn zugesagten Aktie über 100 Thl. bzw. statt eines 10-Thalerscheins gegeben worden waren, annahm; dsgl. Dresden 25. Jan. 75 St. 5 361 nach SächsCivilrecht Unterschl. durch Zueignung desjenigen Betrages annehmend, der beim Wechseln einer irrthümlich für einen 10-Thalerschein gehaltenen 10-Guldennote über deren Werth zuviel bezahlt war.

8 a) Der Gesetzgeber hat bei der Aufstellung des Thatbestandes der Unterschl. (s. o. N. 1) nicht damit sich begnügt, das beim Diebst. vorausgesetzte positive Moment, daß ein Anderer als der Thäter die Sache im Gewahrsam gehabt habe (§ 242 N. 18), etwa durch die Formulirung „Wer eine fremde bewegliche Sache, die ein Anderer nicht in Besitz oder Gewahrsam hat, ꝛc." einfach zu negiren, sondern er hat positiv das Erforderniß aufgestellt, daß der Thäter selbst „die Sache in Besitz oder Gewahrsam habe". Gewiß liegt in dieser Formulirung des Thatbestandes der Unterschl. eine Verkennung ihres begrifflichen Unterschiedes vom Diebst.; Binding Normen 2 542, Hälschner 2 348, Merkel HH. 4 412, H. Meyer S. 629 N. 3, Kapff Unterschl. S. 60. Da aber ein freilich unrichtiger Gedanke im § 246 an

sich zum klaren Ausdruck gekommen ist, so ist man nicht berechtigt, mit Berner S. 554 anzunehmen, daß es sich um ein positives Erforderniß überhaupt nicht, sondern nur um ein negatives handele; die Unterschl. setzt demnach voraus, daß die Aneignung erst erfolge, nachdem der Thäter den Gewahrsam erlangt hatte; so, außer den Motiven (N. 9c), **RG.** III 29. Nov./3. Dez. 88 E. **19** 38 (unter Berufung auf die u. N. 9 citt. III 17. März 84, 18. Juni 85 sowie auf das u. N. 16, 25 cit. IV 13. Jan. 88), auch Hälschner aO. (s. jedoch u. N. 9c) u. Oppenh. N. 30. Vgl. aber andererseits Binding aO., nach welchem „§ 246 einer berichtigenden Auslegung dahin bedürfen soll, daß er alle widerrechtlichen Aneignungen fremder beweglicher Sachen umfasse, welche nicht Diebstähle, Raubfälle oder Erpressungen darstellten", während nach v. Liszt S. 459 auch die gegenwärtige Fassung des Gesetzes einer verständigen Rechtsprechung keine rechtliche Schwierigkeit bieten soll.

b) In vielen Fällen kann zweifelhaft werden, ob der Thäter selbst den ausschließlichen Gewahrsam, oder ob ein Anderer den Gewahrsam bzw. Mitgewahrsam der Sache gehabt habe, ob somit Unterschl. vorliege oder vielleicht gar Diebst. (vgl. § 242 N. 19).

In der Praxis wurde dafür erachtet, daß Unterschlagung begangen sei, und zwar auf Grund der Annahme, daß der Thäter die btr. Sache gehabt habe:

I. in seinem Besitz seitens desjenigen, welcher ein ihm zur Aufnahme eines Darlehns anvertrautes, auf den Inhaber lautendes Werthpapier der mit dem Eigenthümer getroffenen Abrede gemäß in Pfand gegeben hatte; **RG.** II 21. März 82 E. **6** 117;

II. in seinem Gewahrsam:

α. seitens eines Kassirers und Vorstandsmitgliedes einer Gewerbekasse an einem an die Ordre derselben ausgestellten eigenen Wechsel, weil jenem nach den konkreten Verhältnissen über die ihm von den Ausstellern übergebenen Wechsel faktisch Verfügungsgewalt zugestanden habe, wobei es unerheblich sei, daß der Gewahrsam für die von dem Kassirer vertretene Gesellschaft ausgeübt worden; **RG.** I 11. Juli 81 E. **5** 4;

β. seitens des Verwahrers eines verschlossenen Behältnisses (Koffers, Kastens rc.) an den darin enthaltenen Sachen, indem das Bestehen eines Gewahrsams bzw. Mitgewahrsams der im Besitze des Schlüssels befindlichen Eigenthümer an dem Inhalte des Behältnisses für ausgeschlossen zu erachten sei; **RG.** III 29. Okt., II 13. Dez. 81, R. **3** 642, E. **5** 222; vgl. jedoch § 242 N. 19c);

γ. seitens eines Knechtes an den von seinem Herrn gekauften Kohlen während der Anfuhr derselben von dem Lagerplatze, wo die Empfangnahme durch den Knecht stattgefunden hatte; **RG.** II 7. Dez. 81 E. **5** 218;

δ. seitens des Eigenthümers eines Grundstückes hinsichtl. der noch auf dem Halme stehenden Frucht, die nach CPO. §§ 714, 717, 718, 728 gepfändet, versteigert sowie dem Käufer zugeschlagen u. übergeben worden war; **RG.** I 13. Apr. 92 E. **23** 71;

ε. seitens eines Postbeamten an Briefen, die er theils von Dritten übergeben erhalten, theils in dem von ihm zu entleerenden Briefkasten vorgefunden hatte; Dresden 19. Apr. 75 St. **5** 350.

c) Wird der Besitz bzw. Gewahrsam auf Seiten des Thäters überhaupt verneint, wie z. B. nach GR. in einem Falle, wo Jemand, Werthpapiere, die er von einem Anderen zur Verpfändung für ein aufzunehmendes Darlehn leihweise überlassen erhalten und einem Dritten für letzteres als Pfand bestellt hatte, demnächst veräußerte (**RG.** I 13. Juli 87 E. **16** 241), so entfällt damit der Thatbestand der Unterschl., doch kann möglicher Weise Untr. (§ 266) vorliegen.

9) Die juristische Natur des Gewahrsams (Besitzes) ist für den Begriff der Unterschl. gleichgültig, deshalb an sich auch die Art und Weise, wie der Gewahrsam erlangt ist (so die GM., insbs. Berlin 1. Nov. 72 St. **2** 123), sofern dieses nur nicht geschieht mittels Wegnahme aus fremdem Gewahrsam in der Absicht rechtswidriger Zueignung; denn alsdann würde in der Disposition über die Sache eine neue, als Unterschl. zu qualifizirende, strafb. Hdlg. nicht zu finden sein; so: **RG.** II 26. Apr. 87 E. **15** 426, Merkel S. 318; die GM. geht insofern weiter, als sie annimmt, es dürfe durch die widerrechtliche Besitzerlangung bzw. sogar Wegnahme nicht überhaupt bereits der Thatbestand einer strafb. Hdlg. erfüllt sein. Unter jener negativen Voraussetzung steht aber selbst die Wegnahme

aus fremdem Gewahrsam der Annahme einer Unterschl. nicht entgegen; ebensowenig aber die selbst in der Absicht rechtswidriger Zueignung erfolgende Wegnahme einer Sache aus einer in Niemandes Gewahrsam befindlichen Erbschaft; so: RG. III 17. März 84, 18. Juni 85, E. 10 257, R. 7 407, Geyer 2 52; aM. Oppenh. N. 30.

Als Fälle, in denen der Thäter den Besitz oder Gewahrsam nicht auf Grund eines die Verbindlichkeit zur Rückgabe oder Ablieferung begründenden Rechtsgeschäftes, d. h. eines Anvertrauens (N. 23), erlangt hat, so daß nur der Thatbestand einer einfachen Unterschl. vorliegt, kommen wesentlich in Betracht (vgl. RG. II 12. Juli 81 E. 4 386):

a. Naturereignisse;

b. Irrthum (vgl. die o. N. 6IV a, 7IV a citt. München, Berlin u. Dresden);

c. Fund; gerade hier zeigt sich die praktische Tragweite davon, daß Besitz (Gewahrsam) seitens des Thäters zum positiven Thatbestandsmerkmal der Unterschl. erhoben ist (N. 8a); die Motive bemerken, daß „selbst in dem Falle, daß die Ansichnahme der verlorenen Sache seitens des Finders sofort in der Absicht erfolge, sie sich rechtswidrig zuzueignen", dennoch eine Unterschl. nicht vorliege; es ist dies, auch von der Frage, „ob die Besitzergreifung selbst an sich eine widerrechtliche sei", abgesehen, jedenfalls deshalb richtig, weil nach der Fassung des § 246 „die Absicht der Aneignung erst durch eine (sc. der Erlangung des Gewahrsams) nachfolgende Thatsache sich manifestiren muß und erst mit dieser letzteren der Thatbestand der Unterschl. erfüllt ist" (vgl. N. 25); so auch die überwiegende M., insbs. München 16. Feb. 77 St. 7 138; aM.: Geyer 2 52, Hälschner 2 361, H. Meyer S. 637, Rotering GS. 36 575;

d. Okkupation berechtigter Maßen erlegten Wildes seitens eines zur Aneignung Nichtberechtigten, z. B. eines Försters; hier gilt die Ausführung zu c. entsprechend, denn auch die in der Absicht, für sich zu erwerben, vorgenommene Okkupation erfüllt den Thatbestand der Unterschl. noch nicht; vgl. das u. N. 16₂ cit. München 12. Apr. 76.

10) Die Hdlg. selbst besteht in der „rechtswidrigen Zueignung"; es gehört also die Zueignung zur Vollendung der Unterschl., anders als beim Diebst. (§ 242 N. 24), wo schon die in der „Absicht rechtswidriger Zueignung" vollzogene Wegnahme der Sache die That vollendet. Im übrigen sind wegen des Begriffes „rechtswidriger Zueignung" die N. 28—32 zum § 242 zu vergleichen.

Namentl. ist der Begriff der „Zueignung" bei der Unterschl. derselbe wie beim Diebst. (§ 242 N. 28); es kann deshalb keine Rede davon sein, daß bei der Unterschl. der Inhaber der fremden Sache rechtswidrig zum wirklichen Eigenthümer derselben sich mache. So die GM., insbs.: RG. II 13. Juli 81 E. 4 404, Berlin 17. Juli 78 St. 8 211. AM. lediglich Rubo N. 2, welcher nur denjenigen einer Unterschl. für schuldig erachtet, der eine fremde bewegliche Sache rechtswidrig „in sein Eigenthum" bringt.

11) Eine „Zueignung" (vgl. § 242 N. 28—30) ist nicht möglich, ohne daß der Wille des Thäters, die bereits in seinem Besitze befindliche Sache sich zuzueignen, äußerlich erkennbar durch Bethätigung der Verfügungsgewalt sich manifestire; so die GM., insbs.: RG. II 13. Juli, 7. Dez. 81, E. 4 404, 5 218, IV 22. Juni 86 R. 8 481, München 10. Feb. 77 St. 7 136. Die Erkennbarkeit eines solchen Aneignungsaktes wurde bejaht in einem Falle, wo Jemand, der Gelder für fremde Rechnung einzuziehen hatte, die Abführung der Gelder an den Auftraggeber zwar thatsächlich bewirkte, dabei jedoch vorsätzlich statt der Zahlungen Leistenden, andere Personen, insbs. frühere Zahlungsleister, fälschlich als solche bezeichnet hatte; RG. II 20. Okt. 91 E. 22 175.

Die „Zueignung" ist eine Verbotsverletzung (§ 1 N. 3a); deshalb kann die Unterschl., worüber auch die GM. nicht in Zweifel, durch eine reine Unterlassung nicht begangen werden; dagegen greifen die allgem. Grundsätze über Begehung von Kommissivdelikten durch Unterlassungen (Th. I Abschn. 3 N. 3) auch hier Platz (s. u. N. 17); vgl. das cit. RG. 13. Juli 81 (welches übrigens in der Unterlssg. der Rücksendung zur Ansicht entnommener Uhren, trotz vorangegangener Rückforderung, allein eine Unterschl. nicht finden wollte, weil ein Umstand, durch den der Zueignungswille sich manifestirt habe, nicht dargethan sei, — was bedenklich erscheint, weil hier eine Unterlassg. nach vorher begründeter

Verpflichtung zum Handeln in Frage stand) sowie ferner: RG. IV 22. Juni 86 R. 8 481 (in dem Vorenthalten einer Sache könne Zueignung gefunden werden, vorausgesetzt, daß Umstände vorlägen, welche ersehen ließen, daß die Nichterfüllung der Verpflichtung zur Rückgabe oder schuldigen Ablieferung auf dem Willen des Inhabers, das fremde Eigenthum thatsächlich nicht mehr anzuerkennen, beruhe), III 17. Juni 89 G. 37 284 (Zueignung durch Nichtablieferung von Geld während eines einjährigen Zeitraumes trotz bestehender Verpflichtung dazu und trotz Kenntniß davon, daß das Geld seitens des Gläubigers vom Schuldner, der es dem Angekl. zur Ablieferung übergeben hatte, eingeklagt werde), Berlin 3. Juli 78 St. 8 210.

12) Die nach N. 11 erforderliche Manifestation des auf Zueignung der Sache gerichteten Willens braucht nicht in einer äußerlichen Manipulation mit der Sache selbst, einer unmittelbaren körperlichen Einwirkung auf dieselbe zu bestehen, vielmehr genügen auch andere Hdlgen, sofern nur dieselben den Zueignungswillen erkennen lassen; so die GM., insbs.: RG. II 6. Mai 81 R. 3 286, Berlin 20. Nov. 74 O. 15 803. Unter dieser Voraussetzung genügen namentl. auch mündliche Aeußerungen, so z. B.

a. die Einwilligung in die Wegnahme durch einen Dritten; RG. II 7. Dez. 81, 7. Feb. 82, E. 5 218, R. 4 129;

b. das Ableugnen des Besitzes bzw. die unwahre Angabe einer Behörde bzw. dem Berechtigten gegenüber, daß die Sache veräußert sei; RG. II 22. Nov. 81 E. 5 252, Dresden 8. Jan. 72, München 16. Feb. 77, Berlin 17. Juli 78, 12. Jan. 72, 17. Dez. 74, St. 1 290, 7 138, 8 211, O. 13 35, 15 876, Hälschner 2 351, Merkel S. 318, Rotering GS. 36 566; aM. v. Schwarze N. 17, der im Ableugnen ev. nur einen Beweis für die Aneignung findet, was allerdings zweifellos der Fall sein kann, wenn die Aneignung vorherging; ferner die Verweigerung der Herausgabe der Sache an den Berechtigten bzw. die Erklärung, dieselbe für sich behalten zu wollen; RG. III 28. Apr. 87 R. 9 291;

c. das Angebot zum Kaufe; Berlin 16. Juni 74, 4. Apr. 78, St. 4 177, O. 19 194, H. Meyer S. 643, auch München 19. Juli 73 St. 2 376, das jedoch irrig — vgl. § 242 N. 29 — die Unterschl. stets durch das Anerbieten für vollendet ansieht, weil solches nur dem Eigenthümer zustehe; aM.: Hälschner 2 351, Merkel HH. 3 745, Rotering aO. S. 571, welche dem bloßen Angebote niemals eine solche Wirkung zugestehen.

Sowenig aber beim Diebst. aus jeder Hdlg., welche an sich nur der Eigenthümer mit seiner Sache vorzunehmen berechtigt ist, auf die Absicht der Zueignung geschlossen werden darf (§ 242 N. 29), ebensowenig enthält bei der Unterschl. eine solche Hdlg. unbedingt eine „Zueignung"; die Usurpation einer einzelnen Wirkung des Eigenthums genügt eben auch hier nicht; so: Kapff aO. S. 80, Merkel HH. 3 698; aM. Rüd.-St. N. 6.

13) Der bloße „Gebrauch" gestattet, selbst wenn er mit einer Werthsverminderung verknüpft ist, keinen unbedingten Schluß auf die Zueignung der Sache seitens des dieselbe Gebrauchenden (vgl. § 242 N. 30a), wohl aber kann ein Gebrauch, namentl. wenn er längere Zeit hindurch fortgesetzt ist, ein hinreichendes Indiz für die Zueignung sein; so im wesentlichen die GM., insbs. Berlin 9. Okt. 72 G. 20 555.

14) Dagegen ist der „Verbrauch" eine der häufigsten Zueignungsarten, namentl. bei Sachen, die regelmäßig als vertretbare behandelt werden, wobei wiederum der Verbrauch des Geldes durch Verausgabung in erster Linie in Betracht kommt; daß ein solcher Verbrauch, auch bei der Absicht rechtzeitiger Wiedererstattung der Gelder, juristisch nicht als ein bloßer „Gebrauch", als eine „einstweilige Benutzung" desselben, angesehen werden kann, erhellt von selbst; vgl. Dresden 1. Nov. 72 St. 2 189.

Für die Frage, ob durch den Verbrauch solcher Sachen, welche regelmäßig als vertretbare gelten, eine Unterschl. begangen worden sei, kommt es darauf an, ob sie im konkreten Falle in genere restituirt werden durften, oder ob sie in specie zurückgegeben werden mußten; es liegt in der Natur der Sache, daß jenen Sachen die Eigenschaft der Vertretbarkeit durch eine entgegenstehende Willenserklärung des Verfügungsberechtigten entzogen worden sein muß; ist solches geschehen, so ist die — zwar regelmäßig fungibele, im konkreten Falle aber nicht fungibele — Sache an sich ein ebenso geeignetes Objekt der Unterschl. wie jede andere Sache, der die Eigenschaft der Vertretbarkeit niemals oder nur unter be-

sonderen Verhältnissen zukommt (wegen der Dolusfrage s. u. N. 201a); so die GM.; vgl. insbs. Mannheim 10. Mai 73 St. 3 204.

Häufig liegt das Verhältniß etwas komplizirter, so, daß einer Sache, die ihr gewöhnlich beiwohnende Eigenschaft der Vertretbarkeit nicht unbedingt, sondern nur insofern dem Empfänger jeder Zeit Sachen derselben Art und in gleichem Betrage zur Hand sind, belassen und somit das Eigenthum an den einzelnen Stücken nur bedingungsweise aufgegeben ist; ROHG. 4. Apr. 76 Entsch. 20 65, Kapff Unterschl. S. 44, Merkel HH. 4 413, H. Meyer S. 635, Oppenh. N. 7. Vgl. dagegen RG. II 7. Okt. 81 E. 5 52, nach dem es „im Leben vielleicht die Regel bilden soll", daß „es dem Mandanten völlig gleichgültig sei, in welchen Münzen, denselben oder anderen, die Rückerstattung erfolge, wenn es dazu kommen sollte, daß er aber nichtsdestoweniger das Eigenthum an den hingegebenen Beträgen nicht aufgeben, sondern behalten wolle."

Die Entziehung der Eigenschaft der Vertretbarkeit kann entweder ausdrücklich oder durch schlüssige Hdlgen geschehen. In letzterer Weise wird die Wiedererstattung in genere meist dann ausgeschlossen sein, wenn das Geld 2c. eingesiegelt worden ist; RG. I 23. Dez. 80 E. 3 134 (btr. Unterschl. einer Geldrolle mit 44 Doppelkronen, die irrthümlich statt einer Rolle mit 50 Markstücken gegeben war), Merkel HH. 3 704, Schütze S. 444 N. 12. Ist aber schon dieses Zeichen nicht untrüglich, so gestaltet die Beweisfrage in anderen Fällen, in denen es an einer solchen signifikanten Hdlg. fehlt und die Gesammtheit aller Umstände erwogen werden muß, sich noch ungleich schwieriger. Bestehen hinsichtlich der Restitutionspflicht — in genere o. in specie — Zweifel, so ist darauf zu achten, ob es nach Lage der Umstände im Momente der Hdlg. als gleichgültig für die Interessen des Berechtigten anzusehen war, ob demnächst eine Erstattung in genere o. in specie erfolge; Merkel S. 318 f.

Aus der Praxis mögen folgende Fälle hervorgehoben werden, in denen Unterschl.

a. angenommen wurde, sei es, weil die Vertretbarkeit der verbrauchten Sache unbedingt oder wenigstens für den Fall des nicht jederzeit zu bewirkenden Ersatzes entzogen war:

bei einem Vormunde, der vereinnahmte Mündelgelder zu eigenem Nutzen verausgabt, ohne gleichzeitigen und gleichwerthigen Ersatz derselben; RG. I 26. Jan. 80 R. 1 272;

bei einem Mandatar, der im Gebiete des PrALR. Gelder, welche ihm zur Ausführung eines bestimmten Auftrags anvertraut waren, unter Anrechnung auf eine ihm gegen den Auftraggeber aus einem anderen Geschäfte zustehende Kostenforderung in seinem Nutzen verwandte, nachdem die Erledigung des Auftrages durch Zahlungsleistung des Mandanten selbst unmöglich geworden; RG. III 5. Mai 80 E. 2 48; — der im Gebiete des BayerLR. Geld, welches er auftragsmäßig zu einem bestimmten Zwecke verwenden sollte, auftragswidrig für sich verwendete; RG. I 12. Juni 84 R. 6 419; — der für seinen Auftraggeber eingezogene Gelder für sich verwendete, in dem Bewußtsein, dieselben nicht sofort ersetzen zu können ROHG. 4. Apr. 76 Entsch. 20 65; — der eine zur Erlegung in die Sparkasse anvertraut erhaltene Summe nicht einzahlte, sondern zum Ankauf von Hafer verwendete, es darauf ankommen lassend, ob es ihm möglich sein würde, die Geldsumme rechtzeitig wieder herbeizuschaffen, bzw. der als Kassirer eines Arbeiterbildungsvereins die eingehenden Vereinsgelder zum Spiel verwendete, bzw. der als Agent eines Hauses die von Abnehmern eingezogenen Beträge für sich verwendete; Dresden 1. Nov. 72, Mannheim 10. Mai 73, München 26. Jan. 75, St. 2 189, 3 204, 4 374;

b. verneint wurde, weil die Geldsummen in das Eigenthum der Empfänger übergegangen bzw. nur in genere zu erstatten gewesen wären:

bei vertragswidriger Verwendung einer dem Pfarrfonds einer katholischen Kirchengemeinde gehörigen Summe, welche der Empfänger auf eigenen Namen bei der Reichsbank belegen sollte unter der Verpflichtung, dem Pfarrfonds einen gleichen Betrag gutzuschreiben, — bzw. einer in Folge eines Engagementsvertrages gestellten Kautionssumme, welche der Engagirende für eine zu errichtende Heilanstalt mit verwenden sollte; Berlin 11. Apr. 78, 3. Jan. 79, St. 8 203, O. 20 6;

bei Zurückhaltung des die Forderung übersteigenden Mehrerlöses aus dem pfandweisen

Verkaufe mehrerer für eine Dahrlehnsforderung verpfändeter, im Besitze des Verkaufenden befindlicher Gegenstände; München 9. Mai 73 St. **2** 325.

15) Bezüglich der „Verpfändung" heben die Motive mit Recht hervor, daß dieselbe, je nach der Willensrichtung des Verpfänders, als Unterschl. oder auch nur als unerlaubter Gebrauch einer fremden Sache sich darstellen könne (vgl. § 242 N. 30b); hat der Verpfänder bei der Verpfändung die Absicht der Wiedereinlösung und die Ueberzeugung, dazu rechtzeitig im Stande zu sein, so erscheint die Absicht, über die Sache als Eigenthümer zu verfügen, ausgeschlossen (s. o. N. 12 aE.), während umgekehrt, wenn in der Verpfändung eine bewußt bleibende, nach Lage der Verhältnisse unabänderliche Entäußerung thatsächlich zu finden ist, Aneignung mittels der Verpfändung vorliegt. So: **RG.** III 24. Apr. (2 Entsch.), 27. Okt. 80, I 11. Juli 81, E. **2** 21, R. **1** 659, **2** 402, E. **5** 4, Dresden 6. März, 11. Aug., 13. Nov. 71, St. **1** 23, 119, 185, München 26. Feb., 22. Juli, 22. Sept. 76, St. **6** 308, 311, **7** 134, Huber Unterschl. S. 56, Kapff Unterschl. S. 90, Binding Normen **2** 545 N. 784, Geyer **2** 51, Hälschner **2** 352, H. Meyer S. 640, Schütze S. 443, Rüd.-St. N. 7, v. Schwarze N. 15 u. GS. **23** 446, Rotering GS. **36** 563. AM. einerseits: Berlin OAG. 6. Sept. 71, OTr. 17. Apr. 72, 5. Nov. 73, St. **1** 53, 298, **3** 209, v. Wächter S. 428, F. Meyer N. 5, Oppenh. N. 34, welche stets, andererseits Bachem Diebst. S. 31, welcher niemals Unterschl. annimmt; das **RG.**, namentl. das cit. 27. Okt. 80, neigt übrigens dahin, den Zueignungswillen schon dann als dargethan zu erachten, wenn trotz beabsichtigter Wiedereinlösung die Fähigkeit dazu fehlte; die gegründete Aussicht der Wiedereinlösung neben der Absicht verlangen auch v. Liszt S. 460 u. Merkel S. 318, HRl. „Unterschl." u. HH. **3** 699, der jedoch bemerkt, daß trotz einer auf Zueignung gehenden Willensrichtung manchmal nur der Versuch einer U. vorliege; gegen die Neigung, ein bloßes Beweismoment als praesumtio doli zu verwerthen, aber mit Recht Geyer u. Hälschner aO.

In der Verpfändung einer fremden Sache kann auch dann eine Unterschl. gesehen werden, wenn sie für eine Schuld des Eigenthümers gestattet war, auftragswidrig dagegen für eine eigene Schuld erfolgte; Berlin 17. Apr. 72 O. **13** 256.

16) Wie in dem Angebot zum Kaufe (N. 12), so kann unter Umständen auch in dem „Hinbringen der Sache zum Tröbler" eine Zueignung gefunden werden; Berlin 6. Sept. 75 O. **16** 554.

Der „Verkauf" einer Sache, d. h. der Abschluß des Kaufvertrages und nicht erst die Uebergabe auf Grund desselben, stellt zweifellos in der Regel als Zueignungsakt sich dar; so: **RG.** III 12. Juni 84, IV 13. Jan. 88, E. **11** 17, **17** 59, Stooß Z. f. Berner JV. 84 S. 575 (vgl. auch **RG.** II 21. März 82 E. **6** 117 und die o. N. 6 II u. III m citt. Entsch.) sowie ferner: München 12. Apr. 76, Berlin 3. Juli 78, St. **8** 209 f. Dem „Verkaufe" steht die Diskontirung eines Wechsels in dieser Beziehung gleich; vgl. **RG.** III 17. Jan., I 20. Mai 80, R. **1** 244, 808.

Keineswegs aber ist der Verkauf einer fremden im Besitze des Verkaufenden befindlichen Sache ohne Wissen und Willen des Eigenthümers stets eine Zueignung derselben; so steht zunächst der „Verkauf unter Vorbehalt des Rück-(Wieder-)kaufs" im ganzen einer Verpfändung der Sache (N. 15) gleich, ist also je nach Umständen als Zueignungsakt anzusehen oder nicht; so: cit. **RG.** 12. Juni 84 (welches auch den Fall einer dem Käufer gemachten Auflage erwähnt, falls dadurch der Wille des Verkäufers zum Ausdruck gebracht wird, nur unbeschadet der Rechte des Eigenthümers über die Sache zu verfügen), Dresden 7. März 73 St. **3** 17, Hälschner **2** 353, v. Liszt S. 460, H. Meyer S. 640, Oppenh. N. 33, v. Schwarze N. 12a, Kapff Unterschl. S. 91, Rotering GS. **36** 565; aM.: Berlin 5. Nov. 73, 9. Sept. 74, O. **14** 682, **15** 550.

Aber auch der bedingungslose Verkauf ist nicht immer eine „Zueignung", so dann nicht, wenn der Besitzer die Sache im Pfandbesitz hatte und der Verkauf zur Ausübung des Pfandrechts geschah (vgl. § 242 N. 30b₂); hier eignet der Verkäufer sich nicht die Sache an, sondern er will durch den Verkauf derselben nur in den Besitz seiner Forderung gelangen; selbst die Verabsäumung gesetzlich (vgl. z. B. Artt. 310, 375 HGB.) vorgeschriebener Förmlichkeiten bei dem Verkaufe rechtfertigt nicht ohne weiteres die Annahme, daß der Ver-

laufende die Sache — und zwar rechtswidrig — sich zugeeignet habe; so: München 9. Mai 73, Berlin 3. Juli 78, St. 2 325, 8 210.

17) In dem bloßen Verschweigen eines Fundes, als einer reinen Unterlassung (N. 11₂), kann eine Unterschl. der Fundsache nicht gesehen werden; so die OM., insbs. München 16. Feb. 77 St. 7 138. Dagegen kann nach den allg. Grundsätzen über Begehung von Kommissivdelikten durch Unterlassuug (Th. I Abschn. 3 N. 3) auch in dem Verschweigen eines Fundes bzw. in der Nichtanzeige eines solchen eine Zueignung gefunden werden, wenn die konkreten Umstände, insbs. in Verbindung mit einem gesetzlichen Gebote der Anzeige von Fundsachen, den Schluß rechtfertigen, daß in dem Schweigen bzw. in der Unterlassung der Anzeige selbst die Zueignungsabsicht sich manifestire; so: v. Liszt S. 459 f., H. Meyer S. 641, Rotering GS. **36** 569, auch wohl Schütze S. 442 N. 8; aM. Hälschner **2** 350 (für den Fall einer gesetzl. Anzeigepflicht).

18) Die Zueignung muß objektiv „rechtswidrig" sein (vgl. § 242 N. 32); ein Recht auf Zueignung der Sache, insbs. auf Verbrauch solcher Sachen, die, wie Gelder, meist fungibel sind, schließt den Thatbestand der Unterschl. aus (RG. I 26. Jan. 80 R. **1** 273, Berlin 20. Nov. 74 O. **15** 805), der Mangel eines solchen Rechtes begründet schlechthin die Rechtswidrigkeit; RG III 12. Feb. 91 E. **21** 364. Die Zustimmung des handlungsfähigen Eigenthümers zur Aneignung beseitigt daher bei diesem Eigenthumsdelikte (N. 1) die objektive Widerrechtlichkeit. Es kommt deshalb nichts darauf an, ob sie dem Thäter bekannt war; so: Ruhstrat ZfStRW. **1** 396, Binding Normen **2** 558, H. Meyer S. 642 und hier — im Gegensatz vom Diebst. (§ 242 N. 32₃) — auch Merkel HRl. „Unterschl." u. HH. **3** 702, weil bei der Unterschl. die Rechtswidrigkeit der Zueignung objektiv gegeben, beim Diebst. aber nur beabsichtigt sein müsse. Ebensowenig kommt darauf etwas an, wenn die Zustimmung des Eigenthümers gegen den Willen eines an der Sache Berechtigten erfolgte; Hälschner **2** 353.

Die objekt. Rechtswidrigkeit ist nicht ausgeschlossen, wenn der Thäter die in seinem Besitze befindliche Sache sich zueignet statt einer anderen, auf deren Uebertragung er ein Recht hatte; Merkel HH. **3** 702; auch keineswegs ohne Weiteres durch das Bestehen von Gegenforderungen, namentl. dann nicht, wenn die Aneignung vorbehaltlich der Gegenansprüche, also ohne Beziehung auf dieselben erfolgt; Dresden 12. Feb. 77, Berlin 19. Jan. 72, 29. Mai 74, St. **7** 318, **1** 186, O. **15** 339 (s. jedoch N. 20 Ib).

Ueber einen Fall der rechtswidrigen Zueignung von Geldern der Umlagekasse einer in Konkurs gerathenen Genossenschaft seitens des Liquidators vgl. RG IV 30. Apr. 89 E. **19** 184.

19) Der Dolus besteht bei der Unterschl., als einem vorsätzlichen lediglich gegen das Eigenthum gerichteten Delikte (N. 1), in dem bewußten Willen, sich widerrechtlich eine fremde Sache anzueignen; RG. II 11. Jan. 81, III 15. Dez. 82, E. **3** 184, **7** 349, Berlin 6. Okt. 74 O. **15** 624, Binding Normen **2** 540, Huber Unterschl. S. 45; vgl. auch Ruhstrat ZfStRW. **1** 396. Der Umstand, daß die Sache eine „bewegliche" sein muß, gehört nicht zu den Delikts-, sondern nur zu den Strafbarkeitsmerkmalen (vgl. § 242 N. 33₁). Ebensowenig gehört aber, wie allgemein nicht bezweifelt wird, das Requisit des „Besitzes oder Gewahrsams des Thäters" zu den Deliktsmerkmalen; der Vorsatz bei der Unterschl. wird weder alterirt durch die irrthümliche Annahme fremden Besitzes (z. B. an einer thatsächlich verlorenen Sache), noch durch die Nichtkenntniß des eigenen Besitzes; so: Binding aO. S. 543, Rotering GS. **36** 575; aM. H. Meyer S. 641.

Eine mala fides superveniens genügt bei der Unterschl. sowenig wie beim Diebst. (§ 242 N. 26); RG. II 7. Okt. 81 E. **5** 52, Berlin 14. Juni 79 O. **20** 298.

Die Meinung des Thäters, eine nicht kriminell, sondern nur disziplinarisch strafb. Hdlg. zu begehen, schließt den Dolus selbstverständlich nicht aus, da das Bewußtsein der Strafbarkeit in keiner Weise zum Dolus gehört (§ 59 N. 3₃); die citt. RG. 11. Jan. 81, 15. Dez. 82, Berlin 27. Juni 73 St. **3** 19.

Bestreitet der Angeklagte den Dolus, sei es im allgemeinen, oder in einzelnen Richtungen, z. B. das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit der Zueignung, so bedarf es im nichtschwurgerichtl. Verfahren einer bezüglichen Feststellung; RG. III 21. Jan., 20. Okt. 80, E. **1** 290, **3** 10.

20) Aus der Bestimmung des Dolus in N. 19 ergiebt sich folgeweise:

I. daß derselbe ausgeschlossen ist:

a. bei, wenn auch irrthümlicher Weise, vermuthetem Einverständnisse des Eigenthümers; ein solches wird regelmäßig nur dann angenommen werden können, wenn der Thäter zur Zeit der Aneignung (des Verbrauchs der Gelder) der Ueberzeugung ist, daß er nach seiner Vermögenslage jederzeit in der Lage sei, aus eigenen Mitteln die bestimmungsmäßige Verwendung eintreten zu lassen oder Ersatz in gleichwerthigen Stücken zu leisten (über den Begriff der „Ersatzbereitschaft" vgl. RG. III 12. Feb. 91 E. 21 364), also namentl. dann, wenn die Ersatzleistung mit der Zueignungshdlg., wie z. B. beim Umwechseln von Geld, zusammenfällt; so die GM., insbs. außer den Motiven: RG. III 22. Juni, II 7. Okt., III 10. Dez. 81, II 28. März 82, E. 4 328, 5 52, 304, 6 125, III 20. Nov. 82, I 12. Juni 84, R. 4 831, 6 419, München 26. Feb. 76 St. 6 308; aM. Berlin OAG. 20. Dez. 71 St. 1 156, ein Konkurskurator, welcher von dem in seiner Verwaltung befindlichen Gelde zu seinem Nutzen verbraucht habe, könne auf ein vermuthetes Einverständniß der Gläubiger und des Gerichts sich nicht berufen (vgl. allerdings § 350 N. 5);

b. bei irrthümlicher, insbs. rechtsirrthümlicher, Annahme eines Rechtes auf Zueignung; RG. III 21. Jan., 5. Mai 80, 22. Juni, 10. Dez. 81, E. 1 290, 2 48, 4 328, 5 304, 20. Nov. 82 (s. o. a.), Binding aO. 546, Hälschner 2 357, Merkel HRl. aO. u. HH. 3 702; diese Annahme kann namentl. vorliegen, wenn Gegenforderungen, sei es in Wirklichkeit, sei es nach der Ueberzeugung des Betreffenden, bestehen (Berlin 19. Jan. 72, 29. Mai 74, St. 1 186, O. 15 339, v. Schwarze N. 18) und die Absicht mit denselben zu kompensiren bereits z. Z. der Verfügung über das fremde Geld erkennbar obwaltete; RG. IV 10. Juni 90 E. 20 436;

II. daß der Dolus dagegen nicht ausgeschlossen sein kann durch die Absicht der Ersatzleistung, die Fähigkeit dazu, insbs. das Bereithalten der Ersatzmittel, bzw. durch demnächstige wirkliche Ersatzleistung; so die GM., insbs.: RG. I 20. Mai 80 R. 1 808, III 20. Okt. 80, 22. Juni, 10. Dez. 81, 15. Dez. 82, II 25. Juni 86, E. 3 10, 4 328, 5 304, 7 349 14 242, Berlin 19. Jan. 72, Mannheim 11. Okt. 73, München 26. Jan. 75, St. 1 186, 3 205, 4 374; aM. v. Schwarze N. 21 u. GS. 23 444, die wohlbegründete Absicht der Ersatzleistung zu btr. Zeit schließe den Dolus aus.

21) Ebensowenig wie beim Diebst. (§ 242 N. 35) gehört bei der Unterschl. zum Dolus die gewinnsüchtige Absicht bzw. die Absicht der Bereicherung auf fremde Kosten oder der Vermögensbeschädigung. So, außer den Motiven: RG. I 11. Juli 81, 12. Jan. 91, E. 5 4, 21 270, Binding Normen 2 540 f., Huber Unterschl. S. 44, 63 und, speziell hinsichtlich der gewinnsüchtigen Absicht: RG. IV 22. Juni 86 R. 8 481, Berlin 19. Jan., 1. Nov. 72, Dresden 11. Sept. 74, St. 1 186, 2 123, 5 83, H. Meyer S. 641, v. Schwarze N. 24. AM.: Hälschner 2 355 ff., v. Holtzendorff HRgutachten S. 116, die That brauche nicht aus dem Motive der Gewinnsucht entsprungen zu sein, erfordere aber den Willen, fremdes Vermögen zu beschädigen.

Qualifizirte Unterschlagung. N. 22, 23.

22) War „die Sache dem Thäter anvertraut", so liegt ein straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 vor; dieses so qualifizirte Verg. wird in den Motiven, im Anschluß an den früheren Sprachgebrauch, „Veruntreuung" genannt, doch erscheint diese Bezeichnung mit Rücksicht auf das technisch sog. Vergehen der „Untreue" (§ 266) nicht zweckmäßig.

Läßt sich nicht feststellen, daß die Sache anvertraut war, so fällt die Hdlg. unter die mildere Strafsanktion, welche für die einfache Unterschl. angedroht ist.

23) „Anvertrauen" (§ 174 N. 16c) bezeichnet sprachlich nicht mehr, als daß einem Anderen eine thatsächliche Verfügungsgewalt unter dem Vertrauen eingeräumt wird, er werde seine Gewalt nur im Sinne des Einräumenden gebrauchen; RG. II 12. Juli 81 E. 4 386. Darnach muß eine unterschlagene Sache als anvertraut gelten, wenn der Besitz o. Gewahrsam kraft eines Rechtsgeschäfts mit der Verpflichtung, sie zurückzugeben oder einem Dritten abzuliefern, erlangt oder wenigstens fortgesetzt ist; so im wesentlichen die GM.,

insbs. **RG.** III 26. Okt. 81 R. **3** 642, IV 23. Sept. 84 E. **11** 85 (btr. § 348_2), sowie das cit. II 12. Juli 81. Derartige Fälle des Anvertrauens sind in der Praxis namentl. angenommmen: bei Vorliegen eines Leihvertrages; **RG.** II 21. März 82 E. **6** 117; bei Uebernahme des Mündelvermögens seitens des Vormundes; **RG.** I 22. Nov. 83 E. **9** 337; bei kautionsweiser Hinterlegung von Effekten seitens der Kommittenten bei einem mit der Anschaffung anderer Effekten beauftragten Bankier; Berlin 3. Juli 78 St. 8 210; bei Uebergabe eines Pferdes zum Zwecke sofortiger Tödtung; Mannheim 24. Feb. 78 St. 8 303.

Eine körperliche Uebergabe von Person zu Person braucht nicht nothwendig stattgefunden zu haben; die Einräumung der Verfügungsgewalt kann vielmehr auch mittelbar geschehen; vgl. die citt. **RG.** 12. Juli 81 u. Berlin, von denen ersteres annahm, daß Kaufgelder, welche ein zur Veräußerung von Sachen Bevollmächtigter auf Grund seiner Vollmacht erhoben, ihm zwar nicht, wie die Sachen selbst, unmittelbar, wohl aber mittelbar anvertraut gewesen seien, während letzeres ein Anvertrauen für vorliegend erachtete hinsichtlich „3600 Th. junger Rumänier", welche ein Bankier für einen Kommittenten gegen ihm „effektiv behändigte alte Rumänier" eingetauscht hatte.

Versuch; Theilnahme; Verhältniß zu anderen §§.; Strafe; Verjährung, Zuständigkeit. N. 24—28.

24) Der Versuch (§ 43) ist im Abs. 3 für strafbar erklärt; trotzdem stellt Cohn, Versuch **1** 457, die Möglichkeit eines Versuchs bei der Unterschl. in Abrede, weil, da das Konsumationsmerkmal bei der Unterschl. in der Aneignung einer der Besitzsphäre des Thäters unterworfenen Sache liege, unter allen Umständen die Aneignung mit einer Hdlg. des Unterschlagenden sich vollziehe, so daß mit ihrer Vornahme der Thatbestand des Delikts erfüllt sei; ähnlich Baumgarten Versuch S. 418. Diese Deduktion ist jedoch unrichtig; denn wenn z. B. der Inhaber einer fremden Sache dieselbe sich nicht unbedingt, sondern nur dann zueignen will, falls er sie durch Verkauf verwerthen kann, wenn also die Zueignung nicht schon durch das Hinbringen zum Trödler oder durch das Angebot zum Kauf als vollendet angesehen werden muß (N. 12, 16), so liegt nur der Versuch einer Unterschl. vor, wenn der beabsichtigte Kauf trotz begonnener Verhandlung nicht zu Stande kommt; Hälschner **2** 362, H. Meyer S. 643, Rüd.-St. N. 23, Huber Unterschl. S. 64, Kapff Unterschl. S. 93, Rotering GS. **36** 532.

Die Vollendung des Deliktes tritt mit derjenigen Hdlg. ein, wodurch die Zueignung selbst vollzogen wird; v. Liszt S. 460, Merkel S. 319 u. HH. **3** 708, H. Meyer S. 642, Oppenh. N. 51. Dies gilt auch für den Fall, wenn der Zeitpunkt der bestimmungsmäßigen Verwendung bzw. Rückgabe noch nicht eingetreten war; Berlin OAG. 12. Okt. 72 St. **2** 113, Rüd.-St. N. 22. Da die Zueignung unter Umständen auch im Ableugnen des Besitzes gefunden werden kann (N. 12b), so erscheint es nicht richtig, in der vom Erfolge nicht begleiteten Ableugnung unter allen Umständen nur einen Versuch zu sehen, vielmehr wird dieselbe nach Lage der Sache auch eine vollendete Unterschl. darstellen können; so H. Meyer S. 639; aM.: Kapff aO. (weil der Thäter die Ausführung seiner Absicht in der Erreichung eines bestimmten Erfolges suche), Merkel HH. **3** 708.

Was die Abgrenzung des Versuchs gegen die straflose Vorbereitung anbetrifft, so kann die Bemühung, den Besitz der Sache zu erlangen, bzw. die Erlangung des Besitzes niemals als Versuch aufgefaßt werden, da die äußere Hdlg. bei der Unterschl. lediglich in der Zueignung unter der Voraussetzung des Besitzes besteht, in jenen Hdlgen aber ein Anfang der Zueignung selbst nicht liegt; so: Huber, Kapff aO., Hälschner **2** 362, v. Liszt S. 460, Merkel S. 319 u. HH. **3** 708, F. Meyer N. 15, Oppenh. N. 60, Rüd.-St. N. 23; aM. Schütze S. 445 N. 14.

25) Wegen Theilnahme (Th. I Abschn. 3) vgl. Dresden 14. Nov. 73 St. **3** 347, woselbst richtig ausgeführt wird, daß der Mitinhaber einer gefundenen Sache nicht schon dadurch, daß er der Unterschl. derselben durch den anderen Mitinhaber nicht widerspreche, zum Mitthäter oder Gehülfen werde; s. o. N. 11_2.

Speziell Beihülfe (§ 49) kann begangen werden durch wissentl. Mitwirkung bei dem Kaufabschlusse; **RG.** IV 13. Jan. 88 E. **17** 59. Aber auch derjenige, welcher als Käufer,

Pfandnehmer, Geschenknehmer &c. eine Sache an sich nimmt, an welcher der darüber Verfügende eben durch die Verfügung selbst eine Unterschl. begeht (s. o. N. 16_2), ist Gehülfe an der Unterschl.; so die GM., insbs.: RG. II 28. Mai 80, 7. Dez. 81, E. **2** 69, **5** 218, Berlin OAG. 3. Mai 72, München 22. Juli 76, St. **1** 327, **6** 311; aM. einerseits Hälschner **2** 362, der stets Mitthäterschaft (§ 47), andererseits Schütze S. 462 N. 15, der stets Partirerei (§ 259) annimmt. Wurde aber die Zueignung nicht erst durch den Akt der Uebergabe, sondern schon vorher — namentl. durch den Kaufabschluß — bewirkt, was der thatsächlichen Beurtheilung unterliegt (N. 12, 13, 16_1), so ist umgekehrt der Annehmende Hehler (§ 259), möglicher Weise in Idealkonk. mit Beih. zur Unterschl.; cit. RG. 13. Jan. 88, Berlin 9. Okt., 12. Jan., 27. Nov. 72, 4. Apr. 78, G. **20** 555, O. **13** 35, 622, **19** 194. In beiden Punkten stimmt H. Meyer S. 643 überein, der nur insofern abweicht, als er die Möglichkeit bloßer Beih. verneint.

Entsprechendes gilt bei einer Hingabe zur Aufbewahrung, in welchem Falle freilich, wenn der Annehmende die Sache nicht „seines Vortheils wegen" in Verwahrung nahm, nicht Hehlerei, sondern einfache Begünstgg. (§ 257) neben der Theilnahme an der Unterschl. in Frage kommt.

Eigenthümlich liegen die Fälle: a. wenn die Unterschl. erst durch die Uebergabe vollendet wurde, der Annehmende aber ihre Vollendung in einem früheren Zeitpunkte als bewirkt erachtete, sonach nicht beabsichtigte, durch Annahme der Sache die Zueignung seitens des Hingebenden mit zu bewirken; b. wenn umgekehrt die Unterschl. bereits vollendet war, der Annehmende aber glaubte, dieselbe werde erst durch den zweiseitigen Akt der Tradition vollendet. Theilnahme an einer Unterschl. liegt dort (a) wegen mangelnden Dolus, hier (b) wegen mangelnden objektiven Thatbestandes nicht vor; so zu a RG. III 29. Nov. 79 E. **1** 110 (vgl. § 259).

26) Mit dem Verg. aus § 133, soweit es durch Beiseiteschaffen begangen wird, kann Unterschl. in Idealkonk. (§ 73) treten; vgl. § 242 N. 37a; so: Berlin 9. Feb. 77 St. **7** 50, John HH. **3** 185, H. Meyer S. 839; aM. Merkel HRgutachten S. 80, die Unterschl. konsumire den Thatbestand des § 133.

Wegen des Verhältnisses der Unterschlagung:

zum Diebstahl vgl. oben N. 1, 19 in Verbindung mit § 242 N. 22, 26, 33; zur Begünstigung (§ 257) u. Partirerei (§ 259) oben N. 25; zum Betruge § 263 N. 56e, zur Urkfälschg. § 263 N. 47, 56e α;

zu den §§ 266, 290, 291, 303, 350, 351, 370[5] vgl. die btr. Paragraphen.

27) Die ordentliche Hauptstrafe der vollendeten Unterschl. ist Gefängniß von 1 T. an (§ 16) und zwar der einfachen bis zu 3 J., der qualifizirten bis zu 5 J.

Für den Fall mild. Umst. (Th. I Abschn. 4 N. 13b ff.) ist wahlweise Geldstrafe von 3—900 M. (jedoch nicht etwa an erster Stelle; Rubo N. 10) angedroht (§ 27).

Wegen der Nebenstrafe vgl. § 248.

Der, im Abs. 3 für strafbar erklärte, Versuch (§ 24) wird nach §§ 44 (insbs. N. 4), 45 bestraft.

Wegen Strafantrages und Strafausschließung vgl. § 247.

28) Nach § 67_2 verjährt die Strafverfolgung sowohl der einfachen wie der qualifizirten Unterschl. in fünf Jahren.

Zuständig ist, wenn der Werth des Unterschlagenen fünfundzwanzig Mark nicht übersteigt, **SchöffenG.**, sonst, insbs. in allen Fällen, wo dieser Werth nicht festgestellt werden kann (namentl. im Falle des Versuchs; § 44 N. 13), **Strafk.** bzw. **SchöffenG.**; GVG. §§ 27[4], 73[1], 75[6].

§. 247.

Wer einen Diebstahl oder eine Unterschlagung gegen Angehörige, Vormünder oder Erzieher begeht, oder wer einer Person, zu der er im Lehrlingsverhältnisse steht, oder in deren häuslicher Gemeinschaft er als Gesinde sich

befindet, Sachen von unbedeutendem Werthe stiehlt oder unterschlägt, ist nur auf Antrag zu verfolgen. Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig.

Ein Diebstahl oder eine Unterschlagung, welche von Verwandten aufsteigender Linie gegen Verwandte absteigender Linie oder von einem Ehegatten gegen den anderen begangen worden ist, bleibt straflos.

Diese Bestimmungen finden auf Theilnehmer oder Begünstiger, welche nicht in einem der vorbezeichneten persönlichen Verhältnisse stehen, keine Anwendung.

PrStGB. §§ 228, 229. Entw. I §§ 222, 226, II § 242. StB. S. 680.
Entw. d. StGN. Art. I § 247. Aktenst. 1875/76 Nr. 54, 145, 150. StB. 1875/76 S. 815—823.
Vgl. § 289 Abs. 5.

Zu Absatz 1. N. 1—12.

1) Diebstahl und Unterschlagung sind relative Antragsdelikte (§ 61 N. 8), d. h. ihre Verfolgung ist nicht unbedingt, sondern nur bei gewissen persönlichen Beziehungen des Thäters zum Verletzten von einem Strafantrage abhängig; im Falle des MStGB. § 127 ist ein Antrag niemals erforderlich, ebensowenig nach § 50 das. im Falle eines sog. Kameradendiebst. aus § 138 das.

Das, durch die StGN. (das. Art. III N. 2) eingeschränkte, relative Antragserforderniß bezieht sich übrigens auf die verschiedenen Arten des Diebst., den einfachen (§ 242), den schweren (§ 243), auch wenn sie im wiederholten Rückfall verübt sind (§§ 244, 245), sowie auf die einfache und die qualifizirte Unterschl. (§ 246); Reber Antragsdel. S. 267, Nessel Antragsdel. S. 22, Hälschner **2** 306, 309, Meves N. 1, Oppenh. N. 1, 2, 13, Puchelt N. 1, Rubo § 244 N. 1, Rüd.-St. N. 3, v. Schwarze N. 5. Umgekehrt ist daraus zu folgern, daß die härteren Strafen, namentl. diejenigen des § 244, auch dann Anwendung finden, wenn die Verfolgung des konkreten Diebst. einen Antrag erfordert; Dresden 29. Sept. 71, Stuttgart 27. März 72, St. **1** 92, 284.

Zweifellos hat Abs. 1 alle Deliktsformen im Auge; vgl. § 61 N. 9.

2) Der Absatz 1 unterscheidet zwei Hauptfälle: bei gewissen persönlichen Beziehungen des Thäters zum Verletzten ist die That ohne Rücksicht auf den Werth des Objekts, bei anderen Beziehungen lediglich dann „nur auf Antrag zu verfolgen", wenn „Sachen von unbedeutendem Werth" gestohlen oder unterschlagen sind.

Man ist darüber einig (vgl. z. B. Berlin 9. Mai 79 G. **27** 538), daß die Frage, ob die gestohlene Sache „von unbedeutendem Werthe" sei, nach der konkreten Sachlage zu beurtheilen ist; Streit herrscht dagegen darüber, von welchen Gesichtspunkten der Richter (bzw. vorher die StAschaft) auszugehen habe; so halten das cit. Berlin sowie Meves N. 8 u. Rubo N. 12 die Vermögenslage des Beschädigten nicht für maßgebend, während Hälschner **2** 309, Merkel HH. **4** 415, H. Meyer S. 645 N. 82 u. Oppenh. N. 9 die soziale Sphäre, welcher die Betheiligten angehören, bzw. die Vermögenslage des Verletzten und des Thäters in Betracht gezogen wissen wollen. Da das Gesetz selbst keinerlei Anhaltspunkte bietet, so wird ein Rechtsirrthum als vorliegend nicht anzunehmen sein, wenn der Richter sein Urtheil auf alle ihm nach der konkreten Sachlage erheblich erscheinenden Momente stützt; **RG.** II 27. Nov. 91 E. **22** 243. Immer aber kommt der Werth der entwendeten Sache selbst in Betracht; deshalb erachtete **RG.** IV 13. Nov. 88 R. **10** 649 zutreffend einen Rechtsirrthum in einem Falle für gegeben, wo nur deshalb eine „Sache von unbedeutendem Werthe" für vorliegend erachtet war, weil sie lediglich einen kleinen Theil der ganzen Sache bildete (i. c. 4 M. als Theil von 28 M.).

Ist übrigens der Diebst. (die Unterschl.) von Mehreren gemeinschaftlich ausgeführt, so kommt der Gesammtwerth des Gestohlenen (Unterschlagenen) selbst dann in Betracht, wenn einer der Mitthäter nicht in dem btr. persönlichen Verhältnisse zum Verletzten stehen sollte; derjenige, welcher in solchem Verhältnisse steht, ist als Mitthäter (vgl. § 49 N. 24) für die That in ihrem ganzen Umfange verantwortlich, folglich muß für die

Frage, ob die That nur auf Antrag verfolgbar sei, auch der Gesammtwerth des gestohlenen Gutes berücksichtigt werden; v. Schwarze N. 14 A. 2. Ebenso ist der Gesammtwerth des Gestohlenen entscheidend, wenn der Diebst. mehrere Objekte betraf (cit. RG. 13. Nov. 88), insbs. auch wenn es dabei um einen fortgesetzten Diebst. (§ 73 N. 6) sich handelt; H. Meyer S. 514 N. 60, Rüd.-St. N. 7.

3) Antragsberechtigter ist nach den allg. Grundsätzen der Verletzte; das ist aber derjenige, gegen welchen der Diebst. oder die Unterschl. begangen ist; dessen Persönlichkeit bleibt somit zu bestimmen (§ 61 N. 10 ff.).

a) Ein Diebstahl verletzt sowohl das Eigenthumsrecht als auch die Gewahrsamsordnung (§ 242 N. 22, 26, 33); deshalb sind, wenn der bestohlene Eigenthümer nicht zugleich den Gewahrsam hatte, sowohl der Eigenthümer als auch der Inhaber die Verletzten, gegen welche der Diebst. sich richtet. So RG. III 29. Mai 80, II 1. Juli 81, I 20. März 84, E. 2 73, 4 346, 10 210, auch: III 11. Nov. 86 R. 8 703, I 23. Sept. 89 E. 19 378 (beide btr. § 370[5]), ferner: Berlin 30. Apr. 77 St. 7 138 (auf Grund eines Plenarbeschlusses; G. 25 177), Klebs G. 19 572, Geyer 1 208, 2 50, Hälschner 2 306, Oppenh. N. 10, Rüd.-St. N. 8 u. § 242 N. 14. AM. einerseits: Stuttgart 10/17. Sept. 73, München 27. Nov. 74, St. 3 250, 4 375, Reber Antragsdel. S. 389, Ressel Antragsber. S. 25, v. Bar G. 19 649, Ruhstrat, Herzog, GS. 24 144, 26 209, 214, Merkel S. 322, HRl. „Diebst." S. 531 u. HH. 3 712, Meves § 370[5] N. 39, v. Schwarze N. 1 u. GS. 25 183, welche nur den Eigenthümer, andererseits: v. Liszt S. 449, 417, Schütze S. 466, Rubo N. 4, welche nur den Gewahrsamsinhaber als Verletzten erachten; eine Mittelmeinung vertreten endlich: Dresden 12. Apr., 17. Juni 72, 20. Juni 73, 24. Apr. 74, St. 1 332, 2 113, 3 118, 4 376, Hälschner 2 307, Meves N. 10, F. Meyer N. 4, welche zwar den Eigenthümer stets, den Inhaber dagegen nur, insofern ihm vermögensrechtl. Nachtheile erwachsen, als Verletzten ansehen.

Nach Maßgabe der allg. Grundsätze ist übrigens die Ehefrau als Miteigenthümerin selbst gegen den Willen ihres Ehemannes antragsberechtigt, wenn auch bei bestehender GG. letzterem das Recht der Verwaltung des ganzen ehel. Vermögens sowie die Verfügung über solches ohne Zustimmung der Ehefrau zusteht, da diese civilrechtl. Einschränkungen die vom Strafr. festgestellten Antragsbefugnisse nicht einzuengen vermögen; RG. I 20. März 84 E. 10 210.

b) Eine Unterschlagung verletzt nur das Eigenthumsrecht (§ 246 N. 1, 19), weshalb auch lediglich der Eigenthümer der unterschlagenen Sache der Verletzte sein kann, nicht aber derjenige Eigenthümer, welcher die Sache dem Thäter anvertraut hatte. So: ROHG. 7. Feb. 73 Entsch. 9 149, Berlin 9. Feb. 72 O. 13 135, München 6. Mai 73, 8. Okt. 75, Stuttgart 19. Nov. 73, 1. Dez. 75, St. 2 326, 5 363, 3 210, 6 313, Herzog GS. 26 209, Reber aO. 390, Merkel HH. 3 713, v. Liszt S. 461. AM. Schütze S. 446 N. 17, der bei der sog. Veruntreuung den Anvertrauer für den Verletzten erachtet.

4) Diebst. (Unterschl.) begangen „gegen Angehörige, Vormünder oder Erzieher", ohne Rücksicht auf den Werth des Gestohlenen (Unterschlagenen); s. o. N. 2_1.

a) Wegen „Angehörige" vgl. die N. 16 ff. zum § 52_2.

b) Wegen „Vormünder" vgl. § 34 N. 7a; dem entsprechend Hälschner 2 276, 309 N. 2, während Merkel HH. 3 709 auch die Vormünder der Verschwender hierher rechnet, weil die allerdings dagegen sprechende ratio legis bei der Abgrenzung der privilegirten Deliktsformen keineswegs festgehalten werde.

c) Wegen Erzieher vgl. § 174 N. 14b, insbs. β.

5) Diebst. (Unterschl.) von Sachen unbedeutenden Werthes (N. 2) begangen gegen eine Person, a. zu welcher der Thäter im Lehrlingsverhältnisse steht oder b. in deren häuslicher Gemeinschaft als Gesinde er sich befindet.

Die Fassung des Gesetzes zwingt zu der Annahme, daß der Diebst. gegen den Lehrherrn bzw. die Dienstherrschaft selbst verübt sein müsse, so daß namentl. die Verfolgung eines Diebst., der gegen eine andere zur selben „häuslichen Gemeinschaft" gehörige Person verübt ist, einen Antrag nicht erfordert; so: RG. IV 2. Feb. 86 R. 8 109 (der Diebst. dürfe nicht gegen Angehörige des Dienstherrn verübt sein), Berlin 25. Jan. 78 St. 8 213, Oppenh. N. 8, Rüd.-St. N. 4; aM.: Voitus GS. 30 317, v. Schwarze N. 13.

6) Unter „Lehrlingen" sind nicht nur die Gewerbelehrlinge, deren Verhältnisse die GewerbeO. regelt, zu verstehen, sondern namentl. auch die Handlungslehrlinge (HGB. Art. 57); das Gesetz spricht ganz allg. von einem Lehrlingsverhältnisse ohne zu unterscheiden, nach welchen Bestimmungen dasselbe zu beurtheilen ist u. fehlt es auch zu einer Unterscheidung an einem inneren Grunde; so: RG. II 27. Nov. 91 E. 22 243, Merkel HH. 4 414, Meves N. 4, Rüd.-St. N. 6; aM.: Oppenh. N. 7, Rubo N. 9, v. Schwarze N. 10. Deshalb fallen auch Oekonomie- u. Forstlehrlinge unter den Begriff.

Als „Lehrling" war, nach § 115_1 der ursprünglichen Fassung der GewerbeO., jeder zu betrachten, „welcher bei einem Lehrherrn zur Erlernung eines Gewerbes in Arbeit tritt, ohne Unterschied, ob die Erlernung gegen Lehrgeld oder unentgeltliche Hülfsleistung stattfindet oder ob für die Arbeit Lohn bezahlt wird". Wenn auch diese Definition in die neue Fassung der GewerbeO. nicht übergegangen ist, so wird doch nach ihr, da sie sachlich begründet ist, sich bestimmen, wann ein „Lehrlingsverhältniß" i. S. der GewerbeO. §§ 126 ff. anzunehmen ist. Vgl. übrigens § 223 N. 10a sowie Dresden 17. Feb. 71 St. 1 24, welches über die Obliegenheiten eines Lehrherrn sich ausläßt.

7) Unter „häuslicher Gemeinschaft" (vgl. „Hausgenossenschaft" im § 361^4) ist eine solche Gemeinschaft zu verstehen, wie sie unter zusammenwohnenden Angehörigen oder Familiengliedern zu bestehen pflegt (Merkel HH. 4 415, Rubo N. 11, v. Schwarze N. 12), die somit einen freien Zutritt zu den in den Räumen befindlichen Gegenständen gewährt (Berner S. 544). Demgemäß bedingt einerseits das Wohnen unter demselben Dache nicht nothwendig eine „häusliche Gemeinschaft" (so richtig der Abg. Lasker; StB. 1875/76 S. 820), andererseits aber erscheint ein solches Wohnen auch nicht unbedingt erforderlich, vielmehr umfaßt der Begriff des „Hauses" hier alle diejenigen Räumlichkeiten, welche die Dienstherrschaft zu ihrem unmittelbaren Gebrauch hat, ohne Rücksicht darauf, ob sie in verschiedenen Gebäuden belegen sind (Meves N. 7).

Dem „Gesinde", wesentlich gleichbedeutend mit „Dienstboten", liegt — im Gegensatze zu den gewerblichen Arbeitern — ob, die von der Dienstherrschaft benöthigten persönlichen u. häuslichen Dienste zu leisten, weshalb insbs. Gesellen nicht unter das Gesinde fallen; RG. I 19. Okt. 85 E. 13 14. Im übrigen wird im Einzelfalle auf Grund des maßgebenden Landesrechtes zu entscheiden sein, ob ein Gesindeverhältniß vorliege. Ist das aber anzunehmen, so wird es auf die Dauer desselben nicht ankommen; deshalb erscheint es nicht richtig, wenn man in dem Worte „befindet" eine Andeutung auf „ein dauerndes Verhältniß" erblickt; aM. v. Schwarze N. 9, der übrigens das Wort „steht" in gleicher Weise auffaßt.

8) Völlig einflußlos ist es, wenn nicht der Verletzte selbst, sondern dessen gesetzlicher Vertreter, welcher ev. zur Antragstellung berechtigt sein würde, zum Thäter in einem der oben N. 4, 5 bezeichneten Verhältnisse steht; ein Antragsdelikt liegt alsdann nicht vor; Reber Antragsdel. S. 259.

9) Die Verfolgbarkeit und bzw. Strafbarkeit der Hdlg. wird dadurch nicht aufgehoben, daß der Thäter irrthümlich einen Strafantrag für erforderlich hielt, ein solcher aber thatsächlich nicht gestellt wurde. Dabei ist es gleichgültig, ob die Annahme auf einem Rechtsirrthume beruhte, z. B. auf der Annahme, daß die Unterschl. nicht gegen den Eigenthümer der Sache, sondern gegen den hiervon verschiedenen Anvertrauer verübt sei (s. o. N. 3b, insbs. das dort cit. Stuttgart), oder ob ihr ein thatsächlicher Irrthum z. B. über den Werth des gestohlenen Gegenstandes zu Grunde lag, denn auch alsdann waltet ein Irrthum über Thatumstände, welche zum gesetzlichen Thatbestande gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, keineswegs ob (§ 59 N. 33_2); so die GM., insbs.: RG. II 1. Juli 81 E. 4 346, Dresden 16. März 74, Berlin 20. Jan. 75, St. 4 178, 5 86.

10) Sind an der Hdlg. Mehrere betheiligt, von denen Einzelne zu dem Verletzten in einem der im Abs. 1 bezeichneten Verhältnisse stehen, andere dagegen nicht, so findet die Verfolgung gegen diese letzteren unbedingt, gegen die ersteren aber nur dann statt, wenn wenigstens gegen einen derselben der Antrag auf Bestrafung gestellt ist; s. u. N. 14_2 u. § 63 N. 3_1.

11) Wenn umgekehrt die Hdlg. Mehrere verletzt, von denen zwar Einer zum Thäter in einem der mehrfach gedachten Verhältnisse steht, ein Anderer aber nicht, so hat die Verfolgung ohne Antrag einzutreten, da die That über den Kreis derjenigen hinausgreift, welche in einem der im Abs. 1 bezeichneten persönlichen Verhältnisse stehen. Dies gilt sogar dann, wenn unter den Verletzten selbst das engste persönliche Verhältniß besteht, wie z. B. unter zwei in GG. lebenden Ehegatten; Berlin 20. Jan. 75 St. **5** 86.

Der eben gedachte Fall kann beim Diebst. vorliegen, falls Eigenthümer und Inhaber verschiedene Personen und folglich zwei Verletzte vorhanden sind; s. o. N. 3a und die das. citirten **RG.** u. Berlin; vgl. dagegen Merkel HH. **3** 712 N. 1, der aus der von ihm gemißbilligten Ansicht, welche beide als Verletzte ansieht, die falsche Folgerung zieht, daß nach ihr der Diebst. Antragsdelikt sein würde, wenn auch nur der Inhaber in einem der im Abs. 1 behandelten Verhältniß stehe.

Der Fall kann aber ferner sowohl beim Diebst. (Berlin 27. März 74, 20. Jan. 75, O. **15** 193, St. **5** 86) als auch bei der Unterschl. eintreten, wenn die gestohlene oder unterschlagene Sache im Miteigenthum steht; vgl. § 61 N. 58b.

12) Die Zurücknahme des Antrages, auf welche übrigens § 64 (das. N. 1a) Anwendung findet, ist unbedingt statthaft.

Zu Absatz 2 u. 3. N. 13, 14.

13) „Ein Diebst. o. eine Unterschl." (N. 1_2), welche „von Verwandten aufsteigender Linie" „gegen" (N. 3) „Verwandte absteigender Linie" (§ 52 N. 18) oder „von einem Ehegatten gegen den anderen" (§ 52 N. 22) begangen worden ist, „bleibt straflos". Dieses „bleibt" ist nicht in der inkorrekten Weise des § 46 (das. N. 4) gebraucht, sondern bezeichnet, wie im § 173_4, daß eine Strafbarkeit garnicht eintreten soll; weniger glücklich als wie in dieser Gesetzesstelle ist jedoch nicht die Straflosigkeit des in dem bestimmten Verhältnisse stehenden Thäters zum Ausdruck gebracht, sondern der „Diebstahl" oder die „Unterschlagung" selbst als „straflos" hingestellt, was ausweislich des Abs. 3 unrichtig ist.

Bildet hiernach Abs. 2 einen subjektiven (v. Liszt S. 297) „Strafausschließungsgrund" und nicht einen „Strafaufhebungsgrund" i. S. der StPO. § 295_2, so hat im schwurgerichtl. Verfahren die Feststellung desselben nicht durch eine Nebenfrage, sondern durch die Hauptfrage zu erfolgen; es entspricht dieses allerdings der Sachlage deshalb nicht, weil es im Falle § 247_2 nicht um einen „Schuld-" sondern um einen wahren „Straf"-Ausschließungsgrund (vgl. **RG.** II 12. Apr. 81 E. **4** 83; aM. H. Meyer S. 194 N. 8) sich handelt, dessen Feststellung durch eine Antwort auf eine mit den Worten „Ist der Angeklagte schuldig?" beginnende Frage (StPO. § 293) nicht korrekt ist.

Da hiernach ein wahrer Strafausschließungsgrund in Frage steht, der übrigens konsequent für den verfügenden Theil des Urtheils ein „Schuldig, aber straflos" erfordert, so gilt bezüglich der irrthümlichen Annahme eines solchen die Ausführung in N. 9 entsprechend; der Dolus bleibt durch einen solchen Irrthum völlig unberührt; so: Binding Normen **2** 475, Hälschner **2** 307, F. Meyer N. 6, Rüd.-St. N. 9; aM.: v. Bar G. **19** 650, v. Buri GS. **29** Beilageh. S. 197, Merkel HH. **3** 711, **4** 416, H. Meyer S. 194 N. 8, Oppenh. N. 20, Rubo N. 16, v. Schwarze N. 18.

Der Strafausschließungsgrund kommt übrigens, wie bei der im StGB. befolgten Redaktionsmethode nicht zweifelhaft sein kann, den Aszendenten bzw. Ehegatten nicht blos als Thätern bzw. Mitthätern, sondern auch als Anstiftern und bzw. Gehülfen zu gute; so v. Kries ZfStRW. **7** 521; aM. Schmidt Mitthätersch. (Worms 1882) S. 40.

14) Der Abs. 3, nach welchem die in Abs. 1, 2 gegebenen Bestimmungen auf „Theilnehmer" (d. h. nach § 50: Mitthäter, Anstifter, Gehülfen) oder „Begünstiger" (§ 257 N. 53, 55) „keine Anwendung finden", sofern diese „nicht in einem der vorbezeichneten persönlichen Verhältnisse stehen", enthält betreffs der Bestimmung des Abs. 1 eine im Grunde selbstverständliche Vorschrift, weil das Erforderniß des Strafantrages, nach der Fassung des Abs. 1 auf ein rein persönliches Verhältniß begründet, ein relatives ist, worauf das im § 63 statuirte Prinzip der Untheilbarkeit überhaupt keine An-

wendung finden kann (vgl. § 63 N. 1_2); **RG.** I 19. Dez. 81 E. 5 274, Binding 1 638. Das PrStGB. § 229 hatte deshalb auch einer dem Abs. 3, soweit er auf Abs. 1 sich bezieht, entsprechenden Vorschrift sich enthalten.

Dagegen erfordert allerdings die Bestimmung des Abs. 2 ihrer Fassung nach (s. o. N. 13) die im Abs. 3 gegebene Vorschrift, der im PrStGB. diejenige des § 228_2 entspricht; gegenüber der Fassung des § 247_2, nach welcher das Delikt selbst straflos erscheint (vgl. § 46 N. 2), stellt Abs. 3 klar, daß nur derjenige straflos sein solle, welcher, in dem vorbezeichneten persönlichen Verhältnisse stehend, einen Diebst. o. eine Unterschl. begangen hat, setzt also umgekehrt die Verfolgbarkeit der von den persönlichen Beziehungen zum Verletzten nicht umfaßten Theilnehmer und Begünstigter auch dann, wenn kein Strafantrag gestellt ist, außer Zweifel; **RG.** IV 17. Jan. 88 E. 17 246 (auf diese bei der Richtstellung des Antrages hervortretende Besonderheit beschränke sich aber die durch § 247 geschaffene Ungleichheit in der Verfolgbarkeit der an der Strafthat Betheiligten; s. o. N. 10); so ferner: Hälschner 2 308 N. 2, H. Meyer S. 645 N. 84, v. Schwarze § 263 N. 34; vgl. auch Meves StRZ. 12 514, Villnow Raub S. 72 sowie Binding 1 638.

§. 248.

Neben der wegen Diebstahls oder Unterschlagung erkannten Gefängnißstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte, und neben der wegen Diebstahls erkannten Zuchthausstrafe auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht ererkannt werden.

PrStGB. §§ 216, 218, 219, 227. Entw. I §§ 216, 218, 219 Abs. 2, 223, II § 243.

1) Die Aberkennung der bER., die neben erkannter Zuchthausstrafe unbedingt zulässig ist (§ 32), ist neben einer wegen Diebst. oder Unterschl. erkannten Gefängnißstrafe von der allgemeinen Voraussetzung des § 32_1, daß die Dauer der erkannten Strafe drei Monate erreiche (§ 32 N. 5), abhängig.

Soweit die Gefängnißstrafe „wegen Annahme mild. Umst. an Stelle von Zuchthausstrafe ausgesprochen wird", kann auf VdbER. schon nach der allgemeinen Bestimmung des § 32_1 erkannt werden.

2) Hinsichtlich der ZulvPolAuff. „neben der wegen Diebstahls erkannten Zuchthausstrafe" vgl. §§ 38 N. 3, 45 N. 5.

Zwanzigster Abschnitt.

Raub und Erpressung.

1) Im Abschn. 20 handeln die §§ 249—252 vom Raube, die §§ 253—255 von der Erpressung, während § 256 auf beide Deliktsarten Bezug hat.

Die Behandlung des Raubes und der Erpressung in demselben Abschn., die im PrStGB. Th. II Tit. 19 ihr Vorbild findet, beruht auf dem inneren Grunde, daß sowohl der Raub wie die Erpressung Verbr. wider das Vermögen sind, welche durch einen Angriff gegen die persönl. Freiheit (nach den Motiven „durch einen unmittelbaren Zwang gegen die Willensfreiheit einer Person") begangen werden.

2) Es ist anzunehmen, daß Abschn. 20 i. S. des EG. § 2 die Materie des Raubes und der Erpressung habe regeln wollen; Binding 1 321.

§. 249.

Wer mit Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben eine fremde bewegliche Sache einem Anderen in der Absicht wegnimmt, sich dieselbe rechtswidrig zuzueignen, wird wegen Raubes mit Zuchthaus bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

PrStGB. §§ 230 Abs. 1, 231. Entw. I § 227 Abs. 1, 3, II § 244.

Raub im allgemeinen. N. 1—11.

1) Die Bestimmungen über den Raub im weiteren S. sind derartig disponirt, daß die §§ 249—251 den Raub im e. S. behandeln, § 252 dagegen ein raubähnliches Verbr. betrifft, während § 256 die PolAuff. neben der wegen Raubes erkannten Zuchthausstrafe für zulässig erklärt.

Von den auf den Raub im engeren S. (wegen der Anzeigepflicht vgl. § 139 N. 1 e) bezüglichen Vorschriften betreffen: § 249 den einfachen Raub, §§ 250, 251 Fälle des qualifizirten Raubes und zwar § 250 die schweren, § 251 aber die besonders schweren Fälle.

2) Der Raub i. e. S. ist begrifflich ein aus Angriffen wider die Person und wider das Eigenthum sowie den Gewahrsam an einer beweglichen Sache zusammengesetztes Verbr. Sowenig aber der Raub einerseits als eine durch diebische Absicht ausgezeichnete Vergewaltigung der Person angesehen wird, sowenig andererseits als ein durch die Anwendung physischer oder psychischer Gewalt qualifizirter Diebst. (Abschn. 19 N. 2). Vielmehr ist der Raub nach dem RStGB. ein eigenthümliches Verbr., welches demgemäß weder allein durch die Gewaltanwendung ohne gleichzeitige Wegnahme der Sache, noch allein durch die Wegnahme der Sache ohne gleichzeitige Vergewaltigung der Person, mochte solche auch beabsichtigt sein, vollendet wird, sondern zu seiner Vollendung beides, die Beendigung der Gewaltthat und die Wegnahme der Sache, voraussetzt; so die Motive.

3) Insoweit die eine Seite des Thatbestandes des Raubes mit den Worten „Wer ... eine fremde bewegliche Sache einem Anderen in der Absicht wegnimmt, sich dieselbe rechtswidrig zuzueignen" bezeichnet wird, deckt dieselbe sich vollständig mit dem Thatbestande des Diebst.; es sind deshalb die N. 2—12, 14—32 zum § 242 zu vergleichen. Im Einzelnen ist jedoch noch zu bemerken:

a. hinsichtlich des Objektes des Raubes; aus der selbständigen Natur des letzteren (N. 2) folgt, daß auch diejenigen beweglichen Sachen, welche gemäß gesetzlichen Privilegiums nicht Gegenstand des eigentlichen Diebst. sind (vgl. § 242 N. 13), dennoch Objekte eines Raubes sein können; so die GM.;

b. hinsichtlich der äußeren Handlung; die Wegnahme setzt volle Passivität des zu Beraubenden voraus, derartig, daß die Uebergabe der Sache durch den bisherigen Inhaber (vgl. auch N. 8₂) ebenso den Begriff des Raubes wie den des Diebst. ausschließt; so die GM., insbs. RG. I 30. März 82 R. 4 288.

Aus der selbständigen Natur des Raubes folgt endlich noch, daß alle speziell für den Diebst. gegebenen Bestimmungen, welche beim Raube nicht ausdrücklich wiederholt worden sind, bei letzterem nicht Anwendung finden, also namentl. nicht die Vorschrift des § 247 (Hälschner 2 366, Oppenh. N. 1), ebensowenig aber § 370⁵.

4) Die andere Seite des Raubthatbestandes, der Angriff auf die persönl. Freiheit, wird durch die Worte „mit Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib o. Leben" bezeichnet.

a) Wegen „Gewalt" im allg. ist § 113 N. 23a zu vergleichen; aus Abs. 3 daselbst ergiebt sich, daß die mittels Einschließens, Berauschtmachens ꝛc. ausgeübte sog. mittelbare Gewalt gegen eine Person in Wahrheit gar keine Gewalthdlg. ist; solche Hdlgen können daher den Thatbestand des Raubes nicht erfüllen; so (wenn auch nicht auf Grund der gedachten Auffassung des Begriffs der „Gewalt"): Villnow Raub S. 22, Hälschner 2 367 u. GS. 35 16, Merkel HH. 3 717, Schütze S. 452, Wahlberg HRl. „Raub", Oppenh. N. 9, Rüd.-St. N. 4, v. Schwarze N. 3; auch v. Wächter S. 431 N. 7, der den Kausalzusammenhang zwischen dem Einschließen und der davon ganz isolirten Hdlg. des Wegnehmens vermißt (s. jedoch u. N. 5); aM.: Geyer 2 56, H. Meyer S. 681, v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 17, v. Lilienthal ZfStRW. 7 376, welche auch Betäubung durch narkotische Mittel als „Gewalt" ansehen, während Hälschner 2 369 u. GS. 35 17 zutreffend annimmt, daß Betäubung nur dann

Raub begründe, wenn und soweit sie durch Anwendung der im Gesetze genannten Mittel erfolge (s. u. N. 5$_2$).

Wegen des Unterschiedes der, jedenfalls die Gewalt an Sachen ausschließenden (so die OM.), „Gewalt gegen die Person" von der „Gewalt an der Person" vgl. § 117 N. 14.

b) Wegen „Drohungen" vgl. § 48 N. 11a, wegen solcher „mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben" §§ 52 N. 8 f., 176 N. 7.

5) Was das Verhältniß der beiden im Raube enthaltenen Elemente zu einander betrifft, so muß die Wegnahme erfolgen mit Gewalt 2c. oder unter Anwendung von Drohungen 2c.; keineswegs wird erfordert, daß die Wegnahme durch Gewalt oder durch Drohungen geschehe; die physische oder psychische Gewalt ist sonach nicht die Ursache, sondern nur die Bedingung der Wegnahme; letztere selbst muß durch eine weitere Hdlg. des Thäters bewirkt werden (vgl. o. N. 3b sowie § 234 N. 4); so: H. Meyer S. 680 N. 12, Villnow G. 24 115 (vgl. auch Pfizer GS. 27 549 u. jetzt Merkel S. 323, die Freiheitsverltzg müsse der Wegnahme der Sache vorangegangen, zum Behufe derselben vorgenommen sein und sie ermöglicht haben); die OM. dagegen fordert Kausalzusammenhang, so früher auch Merkel HH. 3 719. Immerhin aber folgt hieraus für den Thatbestand des Raubes als nothwendig, daß durch jene Mittel ein geleisteter Widerstand gebrochen oder ein beabsichtigter verhindert worden sei; das Wegreißen einer Sache aus der Hand eines Anderen, der dessen sich nicht versieht, bzw. die Ansichnahme einer Sache unter Drohungen, während der Inhaber der Sache garnicht die Absicht hatte, sie dem Drohenden vorzuenthalten, ist nicht Raub; so, außer den Motiven: Villnow Raub S. 23, Geyer 2 55, Hälschner 2 368 u. GS. 35 16, Merkel HH. 3 717, 719, Schütze S. 452, v. Wächter S. 431, Oppenh. N. 6, v. Schwarze N. 2, 2a; vgl. auch Dresden 4. Sept. 74 St. 5 90; aM. v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 19ff., auch H. Meyer S. 681 N. 16, die beraubte Person brauche keineswegs Kenntniß von dem Angriff, geschweige denn die Absicht des Widerstandes gehabt zu haben.

Wenn aber „Gewalt gegen eine Person" oder „Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben" das Mittel sein müssen, wodurch die Wegnahme ermöglicht wird, so muß folgeweise der Vergewaltigte die Hdlg. des Thäters auch als solche Gewalt bzw. als solche Drohung empfunden haben; so Villnow aO.; aM. v. Buri aO., der ohne Einschränkung annimmt, daß auch der Bewußtlose beraubt werden könne; s. jedoch o. N. 4a.

6) Ist die Vergewaltigung nur eine die Wegnahme ermöglichende Bedingung (N. 5), so ist nicht erforderlich, daß die Ausführung der Wegnahme gewaltsam geschehe bzw. daß die Drohungen während der Thätigkeit des Wegnehmens erfolgen (so jedoch Rubo N. 10, 11), vielmehr kann die Vergewaltigung dem Akte der Wegnahme selbst vorangegangen sein, vorausgesetzt nur, daß „Gewalt gegen eine Person" oder „Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben" die Mittel bleiben, wodurch die Wegnahme der Sache ermöglicht wird.

Ebensowenig erscheint die von v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 22 aufgestellte Ansicht, daß die Gewalt eine „unwiderstehliche" sein müsse, begründet; dieselbe würde sogar dann des Anhalts entbehren, wenn die Gewalt als Ursache in Betracht käme.

7) Ist zwischen der Wegnahme der Sache und der Vergewaltigung der Person zwar nicht ein kausaler Zusammenhang im engsten S. (N. 5), dennoch aber ein solcher Zusammenhang nothwendig, daß die Vergewaltigung als das die Wegnahme ermöglichende Mittel erscheint, so ergiebt sich daraus bei der Natur des Raubes als eines vorsätzlichen Deliktes von selbst, daß die Vergewaltigung zum Zwecke der beabsichtigten Wegnahme erfolgt sein muß (vgl. § 243 N. 25, 35); so die OM.

8) Der Zusammenhang zwischen der Wegnahme der Sache und der Vergewaltigung der Person erfordert nicht Identität der vergewaltigten Person und des Inhabers der Sache; es genügt vielmehr zur Erfüllung des Thatbestandes die Gewaltanwendung o. Drohung gegen einen Andern, wenn nur dieselbe „geeignet ist und dazu begangen wird, um den geleisteten oder zu erwartenden Widerstand des Inhabers der Sache zu beseitigen"; so die Motive, denen die OM. mit dem richtigen Hervorheben sich anschließt, daß es um eine Innehabung i. e. S. (vgl. § 242 N. 16) sich nicht zu handeln brauche. Unter der gedachten Voraussetzung genügt deshalb namentl. auch die Vergewaltigung des blos faktischen Ver-

treters des Inhabers i. e. S. (ev. Besitzers, Eigenthümers) bzw. eines Jeden, der den Gewahrsam des Inhabers zu schützen unternimmt; so die GM.; aM. v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 23, der einen Verhinderungsversuch dessen, der nicht Inhaber ist, für nicht genügend, im übrigen freilich die Berechtigung zur Innehabung für gleichgültig erachtet. Dagegen kann allerdings die Gewaltanwendung gegen eine dritte Person, die ihrerseits im Schutze des Inhabers der Sache steht, zur Erfüllung des Thatbestandes des Raubes nicht genügen, also z. B. nicht die dem Kinde angethane Gewalt, um die Mutter zur Herausgabe zu zwingen; v. Liszt S. 455.

Wenn Jemand, der, ohne Inhaber in dem § 242 N. 16 entwickelten S. zu sein, eine Sache nur faktisch hinter sich hatte, dieselbe nach vorausgegangener Vergewaltigung an den Thäter herausgiebt, so bleibt zwar die „Wegnahme" der Sache und somit der Thatbestand des Diebst. bestehen, Raub jedoch alsdann nicht, wenn der faktische Inhaber die Vorenthaltung der Sache gegenüber dem Thäter garnicht beabsichtigte (N. 5); wollte aber der Vergewaltigte den Gewahrsam des Inhabers i. e. S. schützen, so ist zwar die Vergewaltigung hinsichtlich der Uebergabe der Sache von Hand zu Hand nicht blos „bedingend", sondern „verursachend" (weshalb Erpressung — § 253 — vorliegt), hinsichtlich der Wegnahme aber, die daneben zwischen dem Inhaber (Besitzer, Eigenthümer) der Sache und dem Thäter sich abspielt, nicht einmal „bedingend", weshalb auch in diesem Falle der Thatbestand des Raubes zu verneinen ist; im Resultate übereinstimmend Merkel HH. 3 716 N. 2. Gab aber der Vergewaltigte die Sache nicht auf Grund eigener (wenn auch abgenöthigter) Entschließung heraus, verhielt er sich vielmehr passiv, so erscheint allerdings die Hdlg. des Thäters, welche als „Wegnahme" unmittelbar sich darstellt, durch die angewandte Gewalt ermöglicht; diese ist sonach bedingend für die Wegnahme und die That folglich als Raub zu qualifiziren.

9) Der Dolus beim Raube, als einem zusammengesetzten Delikte (N. 2), ist dementsprechend gleichfalls ein zusammengesetzter.

Der Raub umfaßt begrifflich den Thatbestand des Diebst. (N. 3); der Dolus beim Raube enthält daher nothwendig den Diebstahls-Dolus (vgl. deshalb § 242 N. 33, 34 und insbs. das das. N. 34_4 citirte auf § 249 bezügliche **RG.** 17. Juni 80) und folglich einen doppelten Verletzungsvorsatz, da der Vorsatz beim Diebst. auf Verletzung sowohl des Eigenthums als auch der Gewahrsamsordnung gerichtet ist. So wenig aber der Diebst. ein „gewinnsüchtiges" Delikt ist (§ 242 N. 35), ebensowenig ist es der Raub, mag auch mit ihm meist die Absicht widerrechtlicher Bereicherung sich verbinden. Vgl. Binding Normen 2 480, 485, 558 f.

Mit dem Doppelvorsatze des Diebst. verbindet sich beim Raube ein dritter Vorsatz, den Binding aO. u. H. Meyer S. 680 als „Nöthigungsvorsatz" bezeichnen. Allein mit Unrecht; denn während der Nöthigungsvorsatz in seiner positiven Richtung auf die Erzwingung einer Hdlg. oder Unterlassg. geht (§ 240 N. 13), ist der beim Raube, außer dem Diebstahlsvorsatze, erforderliche Vorsatz lediglich darauf gerichtet, daß der Vergewaltigte oder Bedrohte rein passiv sich verhalte (N. 3b); mit dem Nöthigungsvorsatze hat daher dieser Vorsatz beim Raube nur die negative Richtung gemein, einen Anderen durch Gewalt oder Drohungen hinsichtlich der Ausübung der Freiheit seiner Willensbethätigung widerrechtlich zu hindern.

Die Kenntniß davon, daß die Beeinträchtigung der persönlichen Freiheit als Mittel der Gewahrsamsentsetzung und diese als Mittel der Aneignung gewollt sein müsse, bildet keinen Bestandtheil des Vorsatzes, sondern nur ein Strafbarkeitsmerkmal, da zu den drei Normwidrigkeiten, aus denen der Thatbestand des Raubes sich zusammensetzt, nicht noch eine weitere hinzutritt; Binding aO. S. 481.

10) Das Verhältniß des Raubes zu anderen strafb. Hdlgen betreffend, so kommt namentl. in Betracht dasjenige:

a. zum § 223; wenn auch das o. N. $4a_2$ erwähnte Thatbestandsmoment der „Gewalt gegen eine Person" nicht nothwendig erfordert, daß die Gewalthdlg. die Person selbst getroffen habe, somit auch nicht nothwendig den Thatbestand der einf. Körperverlzg. verlangt, so ist doch nicht daran zu zweifeln, daß die gegen letztere gerichtete Strafdrohung durch diejenige gegen den Raub konsumirt werde (§ 73 N. 14);

b. zum § 240; vgl. o. N. 9_3;

c. zu den §§ 242 ff.; nach den obigen Ausführungen, namentl. nach den N. 3, 5, 9_2,

umfaßt der Thatbestand des Raubes denjenigen des einfachen Diebst. aus § 242 und schließt, als das speziellere Delikt den letzteren aus (§ 73 N. 12); dagegen kann der Thatbestand des schweren Diebst. aus § 243, soweit er nicht durch die spezielleren Bestimmungen des § 250 ausgeschlossen wird, recht wohl mit demjenigen des Raubes in Idealkonk. treten; so konkurriren z. B., wenn aus einem zum Gottesdienste bestimmten Gebäude Gegenstände, welche dem Gottesdienst gewidmet sind, geraubt werden, die §§ 243[1], 249; nach der Regel des § 73 ist dabei, falls weder Raub noch Diebst. im Rückfall begangen wurden, die Strafe des Raubes zu verhängen, während, falls Diebst., aber nicht Raub im Rückfalle vorlag, die Strafe aus § 244 zu verhängen ist; so Oppenh. § 73 N. 6; aM. die GM., insbs. **RG.** III 29. Apr. 82 E. **6** 243, welche hier nicht Ideal- sondern Gesetzeskonk. annimmt und in dem Verhältnisse des § 244 i. V. mit § 243 zum § 249 eine Antinomie erblickt;

d. zur Erpressung; vgl. §§ 253 N. 20c, 255 N. 2, 3.

11) In prozessualischer Beziehung ist die selbständige Natur des Raubes von besonderer Bedeutung; da der Raub nicht ein durch die Anwendung von physischer oder psychischer Gewalt qualifizirter Diebst. ist (N. 2), so bildet die Gewalt (Drohung) beim Raube auch keinen straferhöhenden Umstand i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295; so **RG.** FS. 12. Aug. 90 G. **38** 347; aM.: Oppenh. N. 13, Löwe StPO. § 262 N. 2d.

Zu § 249. N. 12—16.

12) Der § 249 enthält den in den N. 2—11 dargestellten Thatbestand des sog. einfachen Raubes im Gegensatz zu den in den §§ 250, 251 behandelten Fällen des schweren bzw. besonders schweren Raubes. Zu den ersteren (vgl. § 250[5]) gehört auch der einfache Raub im Rückfalle.

13) Die Frage nach dem Versuch des (einfachen) Raubes (§ 43) und nach den Hdlgen, in denen er sich manifestirt, kann — wie die Motive hervorheben — „nicht lediglich darnach beantwortet werden, ob die btr. Hdlg. als der Versuch eines Diebst. anzusehen sei"; es folgt dieses daraus, daß der Raub ein aus Diebst. und einer Beschränkung der persönlichen Freiheit zusammengesetztes Delikt ist (N. 2).

Das Gebiet des Versuchs reicht vom Beginne der für den Raub erforderlichen Gewalt bzw. Drohung oder vom Beginne des Wegnahmeaktes bis zur Vollendung der Wegnahme; H. Meyer S. 684, Schütze S. 452 N. 13, Oppenh. N. 14, Rüd.-St. N. 9. Wurde mit der Gewalt oder Drohung zum Zwecke der Wegnahme einer beweglichen Sache behufs deren rechtswidriger Zueignung ein Anfang gemacht, so liegt darin ein Versuch des Raubes; Hälschner **2** 371, Merkel HH. **3** 723, v. Liszt S. 455, v. Wächter S. 431.

Die Vollendung des Raubes erfordert, außer der Verletzung der persönl. Freiheit eines Anderen, auch die Vollendung der Wegnahme der Sache (vgl. Villnow Raub S. 54), dagegen verlangt sie sowenig wie beim Diebst. (§ 242 N. 24, 39) die Vollendung der Zueignung; Binding Normen **2** 454 N. 659, Merkel HH. **3** 717, Rüd.-St. N. 9. Nicht ganz zutreffend erscheint deshalb die Ausdrucksweise von v. Buri GS. **29** Beilageh. S. 69, der Raub setze den wirklich erreichten Vermögensvortheil zu seiner Vollendung voraus.

14) Bezüglich der „Mitthäterschaft" gelten, wie namentl. F. Meyer N. 7 betont, lediglich die allg. Grundsätze; vgl. deshalb § 47 N. 4 f. Deshalb kann die That für alle Mitthäter den Charakter des Raubes annehmen, wenn auch nur Einer von ihnen die zum Begriffe gehörige Vergewaltigung vornimmt; Hälschner **2** 372, Merkel HH. **3** 724, Rüd.-St. N. 8.

Auch hinsichtlich der „Beihülfe" gelten die allg. Grundsätze; nach denselben (vgl. § 49 N. 8) ist auch denkbar, daß lediglich der Gehülfe die Gewalt anwendet und der Thäter selbst nur unter Benutzung dieser Gewaltanwendung die Wegnahme ausführt; so Oppenh. N. 12; aM.: v. Buri GS. **29** Beilageh. S. 40, Merkel HH. **3** 724 N. 3.

15a) Für die Bestrafung des vollendeten Verbr. gilt Folgendes:

Die ordentliche Hauptstrafe ist Zuchth. von 1—15 J. (§ 14_2).

Die durch Abs. 2 für den Fall mild. Umst. (Th. I Abschn. 4 N. 13a ff.) zugelassene Hauptstrafe ist Gefängniß von 6 Mt.—5 J. (§ 16).

Als Nebenstrafen kann neben Zuchth. und neben Gef. nach § 32 VbbER. erkannt werden; vgl. außerdem § 256.

b) Der Versuch (N. 13) ist nach den §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen.

16) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67, in funfzehn Jahren.

Zuständig ist **SchwG.**; GVG. §§ 80, 73[2-7], 136[1].

§. 250.

Auf Zuchthaus nicht unter fünf Jahren ist zu erkennen, wenn

1) der Räuber oder einer der Theilnehmer am Raube bei Begehung der That Waffen bei sich führt;

2) zu dem Raube Mehrere mitwirken, welche sich zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden haben;

3) der Raub auf einem öffentlichen Wege, einer Straße, einer Eisenbahn, einem öffentlichen Platze, auf offener See oder einer Wasserstraße begangen wird;

4) der Raub zur Nachtzeit in einem bewohnten Gebäude (§. 243 Nr. 7) begangen wird, in welches sich der Thäter zur Begehung eines Raubes oder Diebstahls eingeschlichen oder sich gewaltsam Eingang verschafft oder in welchem er sich in gleicher Absicht verborgen hatte, oder

5) der Räuber bereits einmal als Räuber oder gleich einem Räuber im Inlande bestraft worden ist. Die im §. 245 enthaltenen Vorschriften finden auch hier Anwendung.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter Einem Jahre ein.

PrStGB. §§ 232[1-3], 233[1]. Entw. I § 228, II § 245. StB. S. 682—684, 1173.

1) Der § 250 behandelt den sog. schweren Raub, dessen Thatbestand nicht vollständig wiedergegeben, sondern zum Theil ersetzt ist durch eine mittels der Ausdrücke „Räuber, Raub" geschehende Bezugnahme auf den Thatbestand des einfachen Raubes aus § 249 (vgl. deshalb das. N. 11), während im übrigen unter den Nr. 1—4 nur die straferhöhenden Umstände i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295, unter Nr. 5 aber die Voraussetzungen des Rückfalles, die nicht zur Schuldfrage rechnen (StPO. § 262$_3$; vgl. o. § 244 N. 2), hervorgehoben werden. Dabei entsprechen die Nr. 1—4 im Wesentlichen den Nr. 5, 6, 4, 7 des § 243, die Nr. 5 aber den §§ 244, 245.

2) Lediglich zu verweisen ist: betreffs Nr. 1 auf § 243 N. 43—46, betreffs Nr. 2 auf § 243 N. 47—49; hinsichtlich eines praktischen Falles vgl. München 21. März 73 St. 2 283.

3) Im Falle der Nr. 3 bildet lediglich der Ort der That den Straferhöhungsgrund, während in der entsprechenden Nr. 4 des § 243 außerdem noch im Diebstahlsobjekte und in der Ausführungsart straferhöhende Momente liegen (§ 243 N. 36). Zu vergleichen ist wegen der Begriffe:

a. „öffentlicher Weg, Straße, öffentlicher Platz": § 243 N. 37a;

b. „Eisenbahn": § 243 N. 37c;

c. „Wasserstraße": § 243 N. 37b; die von Merkel HH. 3 720 N. 3, Oppenh. N. 4, Puchelt N. 3 u. v. Schwarze N. 5 aufgestellte Ansicht, daß zur Erfüllung des Thatbestandes der Nr. 3, ähnlich wie bei der Eisenbahn, die Benutzung der Wasserstraße, als Weges, erforderlich sei, daß also die Beraubung eines in der Wasserstraße Badenden (Fischenden) nicht unter Nr. 3 falle, erscheint unbegründet; denn die einschränkende Auslegung des Wortes „Eisenbahn" beruht lediglich auf der Eigenthümlichkeit dieses Instituts, während ein positiver Grund dafür, weshalb auch der Ausdruck „Wasserstraße" einer ähnlichen einschränkenden Interpretation unterliegen solle, nicht anzuführen ist; für die gegentheilige Auffassung spricht vielmehr, daß in der Regel Jedermann freisteht, eine Wasserstraße in beliebiger Weise, und nicht etwa blos als Fahrstraße, zu benutzen; Rüd.-St. N. 4.

d. „Offene See" bildet in gewisser Hinsicht den Gegensatz zur „Wasserstraße", keineswegs zu den „heimischen Gewässern" i. S. des MStGB. § 164, welcher letztere Begriff eine sehr weite Auslegung erfahren hat und große Gebiete der „offenen See" mit umfaßt. Mit Recht sieht die GM. durch den Wortausdruck (die See) die Landseeen unbedingt für ausgeschlossen an; aM.: v. Kirchmann N. 1, v. Schwarze N. 6. Andererseits kann die Ansicht von Rubo N. 7, daß zur offenen See jeder Theil des Meeres gehöre, keine Billigung finden, da der von ihm angeführte Grund, daß jede Auffassung, nach welcher das Staatsgebiet noch auf einen Theil des Meeres sich erstrecke, eine in D. durch die Gesetzgebung nicht anerkannte Fiktion sei, das Strafrecht in unzulässiger Weise vom gesammten übrigen geltenden Rechte isolirt (vgl. § 3 N. 14a). Im übrigen stehen wesentlich zwei Ansichten sich entgegen; die eine, von v. Buri GS. **29** Beilageh. S. 41, v. Liszt S. 456, Merkel HH. **3** 720 f., Oppenh. N. 5 u. Rüd.-St. N. 4 vertretene, lehnt an den völkerrechtlichen Grundsatz sich an, wonach der auf Kanonenschußweite sich erstreckende sog. Küstensaum zum Staatsgebiete gehört (§ 3 N. 12_3), und soll demgemäß die „offene See" der nicht hierzu gehörige Theil des Meeres sein; die andere Ansicht fußt mehr auf einer natürlichen Auffassung des Begriffs; so identifizirt Meves StRZ. **13** 421 „offene See" mit „hoher See", Villnow Raub S. 33 bringt den Ausdruck in einen Gegensatz zum „Hafen und der Mündung der Flüsse", Blum N. 4 versteht den Theil des Meeres darunter, welcher „nicht zur Küstenschifffahrt gerechnet wird." Bei der Zweifelhaftigkeit der Sache verdient die erstere Auffassung wegen der ihr beiwohnenden größeren Bestimmtheit den Vorzug. Wegen Bestrafung eines „auf offener See" verübten Raubes greifen die allg. Grundsätze Platz; vgl. deshalb §§ 3 N. 14a, 4.

4) Die Qualifikation der Nr. 3 ist begründet, wenn die Vergewaltigung auf öffentl. Wege ꝛc. begann, mag auch die Vollendung der That außerhalb desselben stattgefunden haben (vgl. § 3 N. 3_2), nicht begründet, wenn zwar die Verfolgung des zu Beraubenden schon auf öffentl. Wege stattfand, dagegen die Vergewaltigung bzw. die Entwendung, und somit die That selbst (vgl. § 249 N. 14), erst außerhalb desselben ihren Anfang nahm und vollendet wurde; Oppenh. N. 5a, v. Buri GS. **29** Beilageh. S. 41.

5) Die in Nr. 4 aufgestellte Qualifikation entspricht derjenigen des § 243[7], nach der Auffassung von Schütze S. 454 N. 17 in Kombination mit § 243[2], was jedoch nur sehr beschränkt richtig ist (s. u. b.) Während im übrigen die N. 50—58 zum § 243 zu vergleichen sind, ist als abweichend Folgendes hervorzuheben:

a. der im § 243 (N. 55) geforderten „diebischen Absicht" tritt im § 255 ausweislich der Worte „zur Begehung eines Raubes oder Diebstahls" alternativ die „räuberische" Absicht hinzu;

b. dem „Einschleichen" bzw. „Sichverbergen" des § 243 (N. 56) ist im § 250 das „Sich gewaltsam Eingang Verschaffen" zur Seite gestellt; wie in N. 57_4 zum § 243 hervorgehoben wurde, ist der Umstand, daß hier diese letzteren Worte zwischen jenen beiden im § 243 gebrauchten Ausdrücken eingeschaltet sind, für die Auslegung beider Bestimmungen von hervorragender Bedeutung. Das Wort „gewaltsam", dem irgend eine Beschränkung nicht beigefügt ist, muß deshalb im weitesten S., nicht blos von Gewalt gegen Sachen, sondern auch von solcher gegen Personen — und hier wieder von vis absoluta und vis compulsiva — verstanden werden (vgl. § 133 N. 23a); so die GM.; aM. Merkel HH. **3** 721, wenn auch der Wortlaut Gewalt gegen Personen zulasse, so sei doch, da ein Pendant des nächtlichen Diebst. geschaffen sei, daran nicht gedacht; allein der nächtliche Diebst. des § 243[7] kennt überhaupt ein gewaltsames Eindringen nicht. Was die gegen Sachen angewendete Gewalt betrifft, so heben Merkel aO., F. Meyer N. 6 u. v. Schwarze N. 8 zutreffend hervor, daß dieselbe als Einbruch (§ 243[2]) sich nicht zu charakterisiren brauche, da dieser der richtigen Ansicht nach (§ 243 N. 17) eine Beschädigung oder Zerstörung erfordert. Daß ein „Einsteigen" oder der „Gebrauch eines falschen Schlüssels" (§ 243[2. 3]) nicht dem Erfordernisse des „Sich gewaltsam Eingang Verschaffen" entspricht, erkennt die GM. an.

6) Die Qualifikation der Nr. 4 erfordert ebensowenig wie § 243[7] (das. N. 51_4) die Anwesenheit eines Bewohners in dem Gebäude zur Zeit der That; so: v. Buri GS.

29 Beilageh. S. 42f., Schütze S. 454 N. 17; aM.: Merkel HH. 3 721, v. Kirchmann N. 1, Puchelt N. 4. Dagegen ist allerdings nothwendig, daß zur Zeit des Raubes irgend eine Person, wenn auch nur zufällig, in dem Gebäude anwesend sei; denn wenn, nach der Erzwingung des Einganges durch Gewalt gegen eine vor dem Hause befindliche Person, im Hause nicht nochmals Gewalt oder Drohung gegen eine Person angewendet wird, so liegt die Qualifikation nicht vor; so: v. Buri aO., Oppenh. N. 7; aM. F. Meyer N. 7. Dagegen ist nicht erforderlich, daß der Raub seinem ganzen Thatbestande nach in einem bewohnten Gebäude begangen werde; Rüd.-St. N. 5.

7) Die Nr. 5, welche die im § 245 enthaltenen Vorschriften auch hier für anwendbar erklärt, enthält gegenüber dem § 244, dessen Noten im übrigen zu vergleichen sind, folgende Abweichungen:

a. schon der erste Rückfall und nicht erst der zweite begründet die Rückfallsstrafe (vgl. § 244 N. 1);

b. die Vorbestrafung muß wegen Raubes oder eines gleich dem Raube zu bestrafenden Verbr. (§§ 252, 255) erfolgt sein;

c. die Rückfälligkeit, obgleich sie selbst ein straferhöh. Umst. i. e. S. nicht ist (N. 1), tritt beim Raube neben eine Reihe straferhöh. Umst., während sie beim Diebst. auch die Strafbarkeit der schweren Deliktsform erhöht. Im PrStGB. § 233[1] fiel der Rückfall mit unter die schwersten, jetzt im § 251 behandelten, Fälle des Raubes (§ 249 N. 1); da jedoch die Strafandrohung des § 251 für den Rückfall zu hoch erschien, so wurde derselbe den Fällen des § 250 zugesellt.

8) Der Dolus beim schweren Raube verhält sich zu dem beim einfachen Raube wie der Dolus beim schweren Diebst. zu dem beim einfachen Diebst.; Binding Normen 2 559. Die N. 60 zum § 243 gilt deshalb hier entsprechend.

9) Wegen des Versuchs (§ 43) eines schweren Raubes vgl. § 249 N. 14 sowie § 243 N. 61. Im Falle der Nr. 4 des § 250 kann jedoch Versuch eines schweren Raubes, bei fehlendem Beginne der Vergewaltigung im Hause (N. 6), nur dann angenommen werden, wenn die „räuberische" Absicht (N. 5a) zweifellos konstirt; Merkel HH. 3 723. Falls der Thäter in „diebischer" Absicht „sich gewaltsam Eingang verschaffte", ohne Beginn einer Vergewaltigung im Hause, so liegt nur der Versuch eines einfachen Diebst. vor, da die „gewaltsame" Verschaffung des Eingangs ein Qualifikationsmoment beim Diebst. nicht ist (N. 5b).

10) Wegen der Strafe vgl. N. 15a zum § 249, die mit der Maßgabe Anwendung findet, daß beim vollendeten Verbr. das Minimum der ordentlichen Hauptstr. 5 J. Zuchth., dasjenige der außerordentlichen Hauptstr. 1 J. Gef. beträgt.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67, in funfzehn Jahren.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73[2-7], 136[1].

§. 251.

Mit Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder mit lebenslänglichem Zuchthaus wird der Räuber bestraft, wenn bei dem Raube ein Mensch gemartert, oder durch die gegen ihn verübte Gewalt eine schwere Körperverletzung oder der Tod desselben verursacht worden ist.

PrStGB. § 233[2,3]. Entw. I § 229, II § 246.

1) Der § 251 behandelt zwei Fälle des von v. Wächter S. 433 sog. besonders schweren Raubes; auch hier geschieht eine Verweisung auf den Thatbestand des einfachen Raubes aus § 249 (vgl. deshalb das. N. 1—11).

Die i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 straferhöhenden Umstände liegen darin, daß „bei dem Raube" (N. 2) entweder „ein Mensch gemartert" (N. 3) oder „durch die gegen ihn verübte Gewalt eine schwere Körperverletzung oder der Tod desselben verursacht worden ist" (N. 4).

2) In der Wendung „bei dem Raube" hat die Präposition „bei", wie im § 243[1] (das. N. 45), die ihr gewöhnlich beiwohnende Bedeutung von „während"; es muß also die Marterung bzw. Gewaltanwendung bei der Ausführung des Raubes selbst erfolgt sein, mag auch die juristische Vollendung des Raubes schon eingetreten gewesen sein (so auch H. Meyer S. 684 N. 27), als die Marterung bzw. die von dem schweren Erfolge begleitete Gewaltanwendung stattfand; eine ausdehnende Interpretation des „bei", wie sie auf Grund des besonderen Thatbestandes des § 214 (das. N. 3_3) zulässig war, ist hier nicht gerechtfertigt, und deshalb „bei dem Raube" namentl. nicht mit „bei Gelegenheit des Raubes" gleichbedeutend; so: Rubo N. 2, v. Schwarze N. 1; aM. Villnow Raub S. 38. Es ist aber nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber schon das blos zeitliche und räumliche Zusammentreffen der Marterung rc. eines Menschen mit dem Raube als Qualifikationsmoment angesehen habe, vielmehr deuten gerade die Worte „oder durch die gegen ihn verübte Gewalt" darauf hin, daß die Marterung bzw. die von dem schweren Erfolge begleitete Gewalt eben zu derjenigen Gewalt gehört haben müsse, welche als Mittel der Wegnahme der Sache diente (§ 249 N. 5, 7); so: Geyer 2 56, Hälschner 2 375, v. Schwarze N. 2, v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 45; aM.: Merkel S. 324 (ein Bedingungsverhältniß zwischen den zugefügten Schmerzen und dem Gelingen des Raubes brauche nicht vorzuliegen), Oppenh. N. 3, Rüd.-St. N. 2, Villnow aO., anscheinend auch H. Meyer aO.

3) „Martern" wird, wie auch die Zusammenstellung mit der „verübten Gewalt" wahrscheinlich macht, hier nur in seiner eigentlichen Bedeutung als Marterung des Körpers, nicht auch der Seele zu verstehen sein; so die GM.; aM. v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 45. Man wird hiernach unter „Martern" eine absichtliche körperliche Peinigung, d. h. die Zufügung heftiger Schmerzen, zu verstehen haben; so die GM.; die Ansicht von Schütze S. 454 N. 18, daß „verursacht" (s. u. N. 4) auch auf Marterung zu beziehen sei, so daß die Schmerzenszufügung selbst eine vorsätzliche nicht zu sein brauche, erscheint völlig unbegründet. Fraglich dürfte aber sein, ob der Begriff des Marterns oben bereits hinreichend bestimmt sei und ob nicht vielmehr noch hinzutreten müsse, daß der Gepeinigte „mittels besonderer Vorrichtungen oder erneuter Handlungen" eine längere Zeit hindurch in der Empfindung heftiger Körperschmerzen „erhalten" worden sei; so Merkel S. 324 u. Rubo N. 3. Mit Recht wird aber jedenfalls von Merkel HH. 3 722 und Anderen kein Gewicht darauf gelegt, weshalb der Thäter statt einer vielleicht hinreichenden geringeren Gewalt gerade die „Marterung" vornahm; aM.: Geyer 2 56, Hälschner 2 375 N. 3, es komme darauf an, daß der Räuber nicht nur den Zweck hatte, den Widerstand zu überwinden, sondern auch den weiteren, den Vergewaltigten Schmerzen erdulden zu sehen.

4) „Durch die gegen einen Menschen verübte Gewalt muß eine schwere Körperverletzung oder der Tod desselben verursacht worden sein." Daß die Verübung der Gewalt selbst, wie die Marterung (N. 3), eine vorsätzliche sein müsse, kann kaum zweifelhaft sein und wird namentl. durch die in N. 2 niedergelegte Auffassung bedingt; v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 46. Eben darnach ist auch der Begriff der „Gewalt" derselbe wie beim Thatbestande des einfachen Raubes (§ 249 N. 4a); aM. Villnow Raub S. 39, der, in Konsequenz seiner o. N. 2 berührten abweichenden Ansicht bezüglich der Auslegung des „bei dem Raube", hier eine nur „mittelbare" physische Gewalt bzw. eine Gewalt gegen Sachen nicht für ausgeschlossen hält, ferner H. Meyer S. 684 N. 28, der den Ausdruck hier auch auf Drohungen bezieht. Personenidentität (vgl. § 249 N. 8) zwischen dem Gemarterten und dem Beraubten ist nicht erforderlich; v. Liszt S. 456.

Wegen des Begriffes der „Verursachung einer schweren Körperverletzung bzw. des Todes" vgl. §§ 221 N. 11, 224 N. 1 sowie Th. I Abschn. 4 N. 3_2; abweichender Ansicht, indem sie Verschuldung durch Fahrlässigkeit erfordern, sind speziell auch hier: Hälschner 2 376, Schütze S. 454 N. 18; dagegen nimmt Habermaas Idealkonk. S. 50 an, daß die Fahrlässigkeit schon an sich vorliege, weil der die Gewalt Verübende sich die Möglichkeit des tödtlichen Erfolges vergegenwärtigen konnte und mußte.

Da die Verursachung nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes durch die verübte Gewalt herbeigeführt sein muß, so genügt die Verursachung einer Geisteskrankheit durch die

angewandten Drohungen zur Erfüllung des Thatbestandes nicht; so: Hälschner 2 375 N. 5, v. Schwarze N. 1, Villnow aO.; aM. v. Buri aO. S. 47, die Gewalt könne auch eine psychische sein.

5) Der Dolus des unter Marterung eines Menschen begangenen Raubes ist der allgemeine Dolus beim Raube (§ 249 N. 9) unter Hinzutritt eines weiteren auf „Marterung", d. h. also eine eigenthümlich qualifizirte Körperverlzg., gerichteten Vorsatzes; vgl. Binding Normen 2 480, welcher lediglich den Vorsatz der Körperlzg. als vierten hinzutreten läßt.

In dem anderen Falle des § 251 ist der Dolus lediglich der allgemeine Raubdolus, da das Gesetz kein Gewicht darauf legt, ob die Folgen der Vergewaltigung beabsichtigt waren oder nicht.

6) Ein Versuch ist in beiden Fällen des besonders schweren Raubes denkbar (wegen des zweiten Falles vgl. §§ 43 N. 5₂, 178 N. 3); so: Hälschner 2 376, Oppenh. N. 6; aM. v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 48; wenn nach dessen Auffassung „ein bloß versuchtes Martern" die Anwendbarkeit des § 251 (i. V. mit § 43) nicht soll begründen können, „weil eine subjektive Verschuldung für diese Anwendbarkeit nicht Voraussetzung" sei, so ist dieser Grund für den Fall der „Marterung" nicht stichhaltig (N. 3); wenn v. Buri aber andererseits die volle Strafe verhängen will, falls die bei einem unvollendet gebliebenen Raube verübte Gewalt eine der schweren Folgen gehabt, so wird verkannt, daß § 251 nur Fälle des qualifizirten Raubes enthält, folglich eine vollendete That aus § 251 nur angenommen werden kann, wenn der Raub selbst vollendet war.

7) Bezüglich des Theilnehmers (Th. I Abschn. 3) bemerkt v. Schwarze N. 4 zutreffend, daß denselben die volle Haftung, d. h. die Haftung auf Grund des § 251, treffe, dafern nicht ein ihm nicht imputirbarer Exceß seines Mitschuldigen vorliege; es entspricht dies den allgemeinen, auch hier (vgl. § 249 N. 14) zur Anwendung kommenden Grundsätzen; ähnlich: Villnow Raub S. 39, Merkel HH. 3 722, Rüd.-St. N. 5, Hälschner 2 376 f.; letzterer bemerkt jedoch richtig, daß ein Theilnehmer die Verantwortlichkeit für die schweren Folgen, welche durch die von einem anderen Theilnehmer verübte Gewalt verursacht seien, nicht ablehnen könne (vgl. §§ 47 N. 15, 48 N. 17b); aM. einerseits F. Meyer N. 5, der unter allen Umständen alle überhaupt wegen Raubes strafb. Theilnehmer mit der Strafe des § 251 belegen will, wenn auch nur Einer derartige Thätigkeiten begangen habe, „denn dem § 249 gegenüber enthalte § 251 kein anderes Verbrechen; er schärfe nur die Strafe, falls die im § 249 als erforderlich hingestellte Gewalt eine bedeutendere gewesen sei"; diese Auffassung rechtfertigt aber doch nicht die Außerachtlassung der allgem. Grundsätze über Theilnahme; andererseits v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 50, der nur denjenigen Theilnehmer dem § 251 für verfallen erachtet, der zu der die fraglichen Erfolge verursachenden Handlung mitwirksam gewesen sei; auch in dieser milden Auffassung liegt eine Verletzung der gedachten allg. Grundsätze. Unbegründet erscheint endlich der von v. Buri aO. angeregte Zweifel, ob die allgemeine Fassung des § 251 überhaupt die Unterscheidung zwischen „Urheber und Gehülfen" zulasse; eine derartige Ausnahme würde zweifellos einen deutlichen Ausdruck des Gesetzes erheischen und kann unmöglich darauf begründet werden, daß „auch der Gehülfe Räuber sei"; vgl. H. Meyer S. 685, die Marterung könne auch von einem „Gehülfen" verübt sein.

8) Das Verhältniß des § 251 zu anderen §§. betreffend, so konsumirt, wie schon der einfache Raub (§ 249 N. 10a), so jedenfalls auch der Raub unter Marterung eines Menschen das Verg. der einfachen Körperverlzg. (§ 223), da die Marterung (N. 3) zweifellos den Thatbestand einer Körperverlzg. enthält (§ 73 N. 12).

Hat der Räuber im zweiten Falle des § 251 die Absicht der schweren Körperverlzg. oder der Tödtung, so tritt Idealkonk. (§ 73) mit § 225 bzw. mit § 211 oder § 212 ein; so: Rüd.-St. N. 1 u. Habermaas Idealkonk. S. 49; speziell hinsichtlich der §§ 211, 212: RG. II 17. Juni 81, 17. Feb. 85, E. 4 287, R. 7 127, München 4. Jan. 73, Berlin 4. Sept. 74, St. 2 146, 4 150, Oppenh. N. 2. Liegt Konkurrenz mit Todtschlag (§ 212) vor, so ist nach § 73 die Strafe aus § 251 zu verhängen; Habermaas aO. S. 50.

9) Die Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus (§ 14) und zwar wahl-

weise zeitiges von 10—15 J. oder lebenslängliches, neben welchem nach § 32 ZbbEN. erkannt werden kann; vgl. außerdem § 256 N. 2.

Der Versuch (N. 6) ist nach den §§ 44 (insbs. Abs. 4 bzw. 2), 45 zu bestrafen, weshalb auf ZulvPolAuff. (§§ 38 ff.) erkannt werden kann; vgl. § 44 N. 4, 5.

10) Nach § 67, findet die Verjährung der Strafverfolgung des vollendeten Verbr. in zwanzig, die des versuchten in funfzehn Jahren statt (das. N. 2c); wegen des Beginnes der Verjährung im Falle der Verursachung des Todes 2c. vgl. § 67 N. 9.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73⁵⁻⁷, 136¹.

§. 252.

Wer, bei einem Diebstahle auf frischer That betroffen, gegen eine Person Gewalt verübt oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben anwendet, um sich im Besitze des gestohlenen Gutes zu erhalten, ist gleich einem Räuber zu bestrafen.

PrStGB. §§ 230 Abs. 2, 231. Entw. I § 227 Abs. 2, 3, II § 247.

1) Der § 252 behandelt nicht einen Fall des Raubes i. e. S. (§ 249 N. 1), vielmehr in Wahrheit einen, durch darauf folgende Gewalt oder Drohungen behufs Erhaltung im Besitze des gestohlenen Gutes qualifizirten Diebstahl (vgl. § 139 N. 1e).

2) Der Thatbestand des § 252 setzt hiernach zunächst einen Diebstahl i. S. des Abschn. 19 voraus; denn da es lediglich um einen besonders ausgezeichneten Diebst. (vgl. H. Meyer S. 672 f. u. v. Wächter S. 423 N. 18, nach welchem das StGB. den Fall „sonderbarerweise" nicht in den Abschn. vom Diebst. gesetzt hat), nicht etwa um einen Raubfall (vgl. § 249 N. 3a) sich handelt, so können die privilegirten, nicht mit der Diebstahlsstrafe zu belegenden Fälle nicht in Betracht kommen; so: Berlin 26. Sept. 72, 12. Jan. 76, St. 2 114, O. 17 25, Geyer 2 49 u. ZfStRW. 2 299, v. Liszt S. 453, Puchelt N. 2, v. Schwarze N. 1, Ziebarth Forstr. S. 381, Friedländer ZfStRW. II 402; aM. RG. I 8. Mai 82 E. 6 325, IV 5. März 86 E. 13 391 (ausführlicher R. 8 155), jenes § 370⁵, dieses PrFFPG. § 18 btr., ferner: Hälschner 2 377, Oppenh. N. 2, Rüd.-St. N. 1. Aus demselben Grunde ergiebt sich aber, daß § 252, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch der Sache nach begrifflich nur den Thatbestand des einfachen Diebst. (§ 242) voraussetzt; es handelt sich lediglich um den Hinzutritt einer Qualifikation, die mit anderen Qualifikationen des Diebst. in Konkurrenz treten kann (N. 10) und nur dadurch sich unterscheidet, daß sie in einer nach der Vollendung des Diebst. (N. 3) verübten Hdlg. gefunden wird.

3) Voraussetzung des § 252 ist ferner ein juristisch vollendeter Diebst. (§ 242 N. 39); dies ergeben nicht nur die Worte „um sich im Besitze des gestohlenen Gutes zu erhalten", sondern es folgt dies namentl. auch daraus, daß, wenn der Diebst. noch nicht vollendet wäre, das Delikt mit der Gewaltanwendung in Raub übergehen würde, § 252 aber keineswegs eine zweite, den Versuch einschließende, Formel für den Raub hat aufstellen wollen; so, außer den Motiven: Geyer 2 49, Hälschner 2 377, v. Liszt S. 449, H. Meyer S. 673, Blum N. 1, Rüd.-St. N. 4, v. Schwarze N. 2; aM.: Schütze S. 455 N. 19, v. Kirchmann N. 1; eine Mittelmeinung vertritt Oppenh. N. 3, wenn nach ihm die Anwendung des § 252 nicht auf den Fall beschränkt sein soll, wo der Diebst. noch nicht vollendet war.

4) Zu dem Thatbestande des vollendeten einfachen Diebst. tritt als straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 hinzu, wenn der Thäter „bei einem Diebstahle auf frischer That betroffen, gegen eine Person Gewalt verübt oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben anwendet, um sich im Besitze des gestohlenen Gutes zu erhalten". Dadurch, daß das StGB. aus Zweckmäßigkeitsgründen die aus § 252 strafb. Hdlg. in den Abschn. 20 und nicht in den Abschn. 19 gestellt hat, wird an dem Charakter der Strafthat als eines qualifizirten Diebst. nichts geändert, da hier augenscheinlich nicht, wie bei dem Raube (§ 249 N. 2), das Motiv obgewaltet hat, ein eigenthümliches Delikt zu schaffen.

5) Wenn der Thäter „bei einem Diebstahle auf frischer That betroffen" sein muß, so folgt daraus, daß das „betroffen" bei der Hdlg. des Diebst., wie er faktisch sich abspielte, wenn auch nach seiner juristischen Vollendung (N. 3) stattgefunden haben muß, daß also namentl. ein Einholen des Diebes bei der Verfolgung auf frischer That nicht genügt; in Beachtung dieses Unterschiedes, der im Falle des § 214 (das. N. 3) nicht zu machen war, hebt auch StPO. § 127 an: „Wird Jemand auf frischer That betroffen oder verfolgt ꝛc."; folgeweise muß auch der Dieb noch am Orte der That gegenwärtig sein. So: Rubo N. 2, Villnow Raub S. 41. Die GM. geht dahin, daß eine Betretung des Diebes bei sofortiger Nacheile bzw. solange die Betretung und der Diebstahlsakt als ein zusammenhängender Vorgang erscheine, genüge.

6) Wegen „Verübung von Gewalt gegen eine Person" bzw. „Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben" vgl. § 249 N. 4. Nach dem Wortlaute des Gesetzes muß sich die Vergewaltigung dem Betreffen auf frischer That derartig anschließen, daß beides als ein zusammenhängender Vorgang erscheint; Villnow Raub S. 41.

7) „Um sich im Besitze des gestohlenen Gutes zu erhalten" muß der Thäter die Gewalt oder Drohung angewendet haben; die Vergewaltigung behufs Sicherung der eigenen Person fällt also nicht unter § 252. Während beim Raube (§ 249 N. 5) die Vergewaltigung das Mittel ist, um die Wegnahme zu ermöglichen, dient sie hier dem weitergehenden Zwecke der Sicherung der Zueignung.

Gegen wen die Gewaltanwendung stattgefunden haben müsse, sagt das Gesetz nicht; entscheidend ist also nur die bei der Gewaltanwendung seitens des Diebes erfolgte Absicht; Rüd.-St. N. 3. Wendet freilich der Dieb die Gewalt gegen einen Theilnehmer an, der in Folge der entstandenen Verwirrung das gestohlene Gut in seinen alleinigen Besitz bringen will, so greift § 252 nicht Platz; Hälschner 2 378, Rüd.-St. N. 3, v. Buri GS. **29** Beilageh. S. 52.

8) Zur Vollendung des „raubähnlichen Diebstahls" (so Binding Normen 2 552) gehört, wie bei jedem Diebst. und folgeweise auch beim Raube, die vollendete Wegnahme (wenn auch nicht Zueignung; vgl. § 242 N. 24_2) der Sache; dagegen gehört, abweichend vom Raube (§ 249 N. 14_3), die wirkliche Verletzung der persönlichen Freiheit nicht zur Vollendung, vielmehr genügt die Anwendung von Gewalt oder Drohung zum Zwecke dieser Verletzung, so daß der Thatbestand des vollendeten Verbr. vorliegt, wenn auch der Dieb sich nicht mittels Zwanges im Besitze des Gestohlenen behauptete; Hälschner 2 378, Rüd.-St. N. 4, Villnow Raub S. 54, v. Buri GS. **29** Beilageh. S. 53.

9) Der Dolus ist beim raubähnlichen Diebst. derselbe wie beim Raube (Binding Normen 2 552); denn er setzt sich, wie bei diesem, zusammen aus dem Doppelvorsatze des Diebst. und aus dem Vorsatze (N. 8) der Verletzung der persönlichen Freiheit eines Anderen. Der Umstand, daß die Verletzung der persönlichen Freiheit als Mittel zur Erhaltung des Besitzes bzw. zur Sicherung der Zueignung gewollt sein muß, bildet lediglich ein, allerdings vom Bewußtsein des Thäters umfaßtes, Strafbarkeitsmerkmal (vgl. § 249 N. 9_4). Auch der Umstand, daß der Thäter auf frischer That betroffen sei, bildet nur ein Strafbarkeitsmerkmal; daß dem Thäter davon das Bewußtsein beiwohnen müsse, ergiebt sich jedoch aus § 59; v. Buri GS. **29** Beilageh. S. 52.

10) Der Thatbestand des einfachen Diebst. aus § 242 ist in demjenigen des „raubähnlichen" Diebst. enthalten (N. 2, 4), und schließt daher § 252, als das speziellere Gesetz, den § 242 aus (§ 73 N. 12).

Anders ist das Verhältniß der Fälle des qualifizirten, und zwar sowohl des schweren aus § 243 als auch des im Rückfall begangenen (einfachen oder schweren) Diebst. aus § 244 zum raubähnlichen Diebst. Jene Qualifikationen können mit der des § 252 (N. 4) in Konkurrenz treten, zwar nicht in Realkonk., weil der Diebst. immer einen Theil der Hdlg. des § 252 bildet, folglich nur eine und dieselbe Hdlg. vorliegt, wohl aber in Idealkonk. (§ 73); anderenfalls würde die Bestimmung des § 252 sogar zu einer Strafmilderung führen können, so, wenn ein schwerer Diebst. im wiederholten Rückfalle begangen ist (Strafe nach § 244_1: Zuchthaus nicht unter 2 J.), betreffs des raubähnlichen Diebst. aber wegen fehlen-

der Strafschärfungsgründe (N. 12) die Strafe aus § 249 zu verhängen sein würde; aM.: RG. III 29. Apr. 82 E. 6 243, Berlin 22. Nov. 77 St. 8 93, Rüd.-St. N. 4, v. Schwarze N. 8, welche jede Konkurrenz zwischen Diebst. und dem Verbr. aus § 252 für ausgeschlossen erachten, im Resultate auch H. Meyer S. 673 (obschon der Fall eines Zusammentreffens nicht gegeben sei, so sei doch § 244 zur Anwendung zu bringen, da ein Grund zu milderer Strafe nicht vorliege), während Oppenh. N. 1 nur die Möglichkeit einer Realkonk. bestreitet.

11) Prozessualisch ist zu bemerken, daß zur Feststellung des Thatbestandes des § 252 im schwurgerichtl. Verfahren eine lediglich an den Wortlaut sich anschließende Fragestellung nicht ausreichen würde, daß vielmehr der Bestimmung der StPO. § 293 nur dann genügt wird, wenn in der Frage der Rechtsbegriff des Diebst. in seine Thatbestandsmerkmale aufgelöst wird; so das o. N. 2 cit. RG. IV 5. März 86 (welches jedoch von seinem Standpunkte für genügend hält, wenn im Falle des Vorliegens eines Gartendiebst. in Anlehnung an das PrFFPG. § 18 dem Worte „Diebst." erläuternd hinzugefügt werde „nämlich der in einem Garten bewirkten Entwendung von Salatköpfen").

Bei der Fragestellung ist eine Zusammenziehung des Thatbestandes der §§ 251, 252 zulässig, d. h. also die Stellung einer Frage aus § 252 mit Aufnahme der aus § 251 sich ergebenden Qualifikation in dieselbe; RG. III 20. Dez. 88 E. **19** 141.

12) Da der Thäter „gleich einem Räuber zu bestrafen ist", weshalb auch die Anwendung des § 247 ausgeschlossen ist (v. Wächter S. 416), so genügt wegen der Strafe, und demgemäß auch wegen der Verjährung und Zuständigkeit, eine Verweisung auf die entsprechenden N. zu den §§ 249—251. Daß beim Vorliegen der btr. Qualifikationsmomente auch die Straffanktionen der §§ 250, 251 zur Anwendung kommen müssen, ist zweifellos; so insbs. die Motive u. Villnow Raub S. 42. Dabei ist jedoch Voraussetzung, daß die Qualifikation bei der raubähnlichen Hdlg., d. h. bei der That im Ganzen, nicht blos beim Diebst., vorliege; Oppenh. N. 6, Rüd.-St. N. 6, v. Schwarze N. 6. Das Vorliegen einer Qualifikation beim Diebst. begründet Idealkonk. (N. 10).

§. 253.

Wer, um sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvortheil zu verschaffen, einen Anderen durch Gewalt oder Drohung zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nöthigt, ist wegen Erpressung mit Gefängniß nicht unter Einem Monat zu bestrafen.

Der Versuch ist strafbar.

PrStGB. §§ 234, 235 Abs. 1. Entw. I §§ 230, 231 Abs. 1, II § 248. StB. S. 684 f.
Vgl. § 339 Abs. 3.

Erpressung im allgemeinen. §§ 253—256. N. 1—13.

1) Die Bestimmungen über die Erpressung sind derartig disponirt, daß § 253 das Verg. der einfachen Erpressg. behandelt, die §§ 254, 255 dagegen als Verbr. sich qualifizirende Fälle der Erpressg. betreffen, und zwar § 254 die in der Strafbarkeit der Erpressg. überhaupt in der Mitte stehenden, § 255 aber die schwersten, gleich einem Raube zu bestrafenden, Fälle. Der § 256 endlich bezieht sich auf die Nebenstrafen des VdbEN. sowie der ZulvPolAuff.

2) Die Erpressg. ist, gleich dem Raube (§ 249 N. 2), ein zusammengesetztes Delikt, das einerseits mit der Nöthigung aus § 240 (s. u. N. 3—7), andererseits mit dem Betruge aus § 263 (s. u. N. 8) im engsten Zusammenhange steht.

3) Die „Nöthigung eines Anderen durch Gewalt oder Drohungen zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung" bildet den äußeren Thatbestand der Erpressg. Die Abweichung von dem Thatbestande der aus § 240 strafb. Nöthigung besteht, von dem Momente der „Widerrechtlichkeit" abgesehen, lediglich darin, daß nach § 253 Drohungen aller Art, nach § 240 nur solche „mit einem Verbr. oder Verg." erfordert werden. Während deshalb im allgemeinen auf die Bemerkungen über den sog. objektiven That-

bestand des § 240 verwiesen werden kann, bleiben Einzelheiten in den folgenden N. 4—7 hervorzuheben.

4) „Gewalt" ist an sich wie im § 240 zu verstehen; vgl. deshalb das. N. 4 f. und zwar insbs. wegen der Qualität der Gewalt von den N. 4_1 citt. Entscheidungen einerseits RG. 23. Sept. 81, 29. Sept. 85, andererseits Berlin 3. Juni 75. Im übrigen aber ist zu vergleichen u. N. 14_2 sowie § 255 N. 2.

5) Wegen „Drohung" vgl. § 48 N. 11 a (auch § 254 N. 1), insbs. das dort cit. RG. 25. Juni 86, dem IV 25. Feb. 87 E. 15 333 mit der weiteren Ausführung sich anschließt, daß § 253 zu einer Unterscheidung, ob das angedrohte Uebel ein von dem Drohenden selbst oder auch von einem Dritten zu verwirklichendes sei, keine Veranlassung gebe. In Folge der gleichen Bedeutung der „Drohung" mit der „Bedrohung" im § 240 stimmen mit den Ausführungen das. N. 6 f. überein: RG. I 9. Feb. 80 R. 1 325, III 9. März, II 21. Jan., 22. Nov. 81, I 24. März 84, E. 3 429, 262, 5 171, 10 216 (es genüge, daß beim Bedrohten die Besorgniß der Ausführung der Drohung erregt werden solle; es sei unerheblich, daß der Thäter außer Stande gewesen, den angedrohten Nachtheil zu verwirklichen; desgleichen, daß der Thäter nicht die ernste Absicht hatte, seine Drohung auszuführen; die durch Bedrohung bewirkte Erpressg. müsse eine Beschränkung der Willensfreiheit des Bedrohten enthalten; es sei für das Wesen der Drohung genügend, daß der Thäter die Drohung als geeignet erkannte, auf die Willensfreiheit des Anderen einzuwirken, ohne den Willen der Zufügung des in Aussicht gestellten Uebels). Entscheidend ist immer die wahre Absicht, Furcht vor der Verwirklichung des Uebels zu erregen, ohne daß es auf den Wortlaut der Aeußerungen des Drohenden, die vielleicht ein ganz anderes Motiv betonen, ankommt; cit. RG. 25. Feb. 87.

Abweichend vom § 240 genügen aber zur Erfüllung des Thatbestandes der Erpressg. Drohungen aller Art (vgl. jedoch §§ 254 N. 2, 255 N. 3); neben die Drohungen mit strafb. Hdlgen (vgl. z. B. RG. III 3. Juli 84 R. 6 508, Drohung eines Droschkenkutschers, einen Fahrgast nicht weiter fahren zu wollen) treten diejenigen mit rechtmäßigen (minae juris) oder rechtlich irrelevanten Hdlgen; so die GM., insbs.: RG. I 12. Feb. 80, III 11. Juni, II 22. Nov. 81, E. 1 205, 4 279, 5 171 (Drohung, durch sofortige Geltendmachung seiner liquiden Forderung im Wege der Hülfsvollstreckung den finanziellen Ruin des Anderen zu bewirken; bzw. mit einer erlaubten oder an sich nicht unberechtigten Hdlg.), Berlin 13. Nov. 73, 9. Feb. 77, St. 3 211, 7 140 (Drohung mit einer Anzeige bei der StAschaft, auch falls der Drohende die anzuzeigende That für strafbar hielt), 27. Juni 76 O. 17 459 (Drohung mit Veröffentlichung einer Thatsache durch die Presse), Dresden 26. Okt. 74 St. 5 91 (Drohung, einen Ehebruch zur Kenntniß des Vaters bzw. der Ehefrau zu bringen). Drohungen dieser Art genügen, als Mittel zur Verschaffung eines rechtswidrigen Vermögensvortheils angewendet (N. 8), für den Thatbestand der Erpressg., falls sie nur überhaupt geeignet sind, auf die Freiheit der Willensentschließung des Bedrohten einzuwirken; so die citt. RG. 22. Nov. 81, 3. Juli 84 (vgl. § 240 N. 3), während in den den Entscheidungen RG. II 19. Okt. 88 R. 10 582, III 31. Jan. 89 E. 19 41 zu Grunde liegenden Fällen (btr. Ankündigung einer Unterlassg. bei mangelnder Verpflichtung zum Handeln, bzw. Ankündigung, eine obliegende Verpflichtung nur dann zu erfüllen, wenn der Gläubiger eine Leistung übernehme, zu welcher dieser nicht verbunden war) solches in concreto zu verneinen war. Unter obiger Voraussetzung genügt insbs. auch Drohung mit Anstellung einer (auf ein Uebermaß des Anspruches gehenden) Civilklage; RG. III 17. März 90 E. 20 326.

6) Wegen „Handlung, Duldung, Unterlassung" vgl. §§ 176 N. 6, 240 N. 1.

Zwischen der Anwendung der Gewalt oder Drohung und der herbeigeführten Hdlg. 2c. muß ein Kausalzusammenhang bestehen, da sonst eine „Nöthigung" überhaupt nicht vorliegen würde (§§ 52 N. 2, 240 N. 1); RG. III 26. Feb. 81 E. 3 426. Dieses Kausalverhältniß wird auch mittels der Präposition „durch" vor „Gewalt o. Drohung" zum richtigen Ausdruck gebraucht (vgl. dagegen § 249 N. 5); Villnow Raub S. 46 u. G. 24 115. Bei einem Versuche der Erpressung (§ 43) kann jener Zusammenhang nicht wirklich vor-

handen sein, er muß aber im Bewußtsein des Thäters gelegen haben; **RG.** IV 25. Feb. 87 **E. 15** 333.

Die Hdlg. ꝛc. des Genöthigten ist aber nicht ein blos äußeres Thun desselben, sondern beruht vielmehr auf dem Entschlusse des Genöthigten; so, außer Villnow, Katz **GS. 31** 424. Demnach muß also durch die Gewalt oder Drohung bestimmend auf den Entschluß des Vergewaltigten bzw. Bedrohten eingewirkt worden sein; Berlin 9. Feb. 76 **O. 17** 101, v. Liszt S. 492 (455). Aber nicht überall, wo Jemandem durch eine Drohung ꝛc. ein Motiv für eine bestimmte Hdlg. gegeben wird, liegt eine Nöthigung vor; beruht die Vornahme der Hdlg. nicht auf einem psychologischen Zwange, sondern auf einem mit dem wahren Willen des Vergewaltigten korrespondirenden Entschlusse, so fehlt es an dem nothwendigen Kausalzusammenhange, der das Wesen der Nöthigung ausmacht; Merkel **HH. 3** 729, H. Meyer S. 719 N. 15. Kommt der Bedrohte aber nicht zu einer solchen freien Entschließung, so steht der Umstand, daß die Hdlg. ꝛc. den „Intentionen des Handelnden" nicht zuwider läuft, der Annahme einer Nöthigung nicht entgegen; denn zwischen dem Gedanken an die Ausführung und der wirklichen Ausführung liegt noch der Entschluß, der ein freier oder ein abgenöthigter sein kann; so Katz **GS. 31** 430 gegen Merkel aO.

7) Der nothwendige Kausalzusammenhang zwischen Gewalt oder Drohung einerseits und der Hdlg. ꝛc. andererseits (N. 6) bedingt nicht, daß die abgenöthigte Hdlg. während der Gewaltanwendung ꝛc. oder sofort nach derselben vorgenommen werde; vielmehr kann die durch die Gewalt oder Drohung erregte Furcht auch noch in die Zukunft fortwirken; Katz **GS. 31** 434.

Der Kausalzusammenhang fordert ferner keineswegs Personenidentität des Vergewaltigten und desjenigen, den der Thäter nöthigen will (§ 240 N. 5 letzt. Abs., 8); Voraussetzung bleibt nur, daß die direkt gegen einen Anderen gerichtete Gewalt oder Drohung geeignet sei, auf den zu Nöthigenden bestimmend zu wirken; so die GM., insbs. einerseits: das § 240 N. 8 cit. **RG.** 26. Feb. 81 sowie III 8. Feb. 83 **R. 5** 94 (beide btr. die Möglichkeit einer Erpressung gegen A. durch Bedrohung des B., der seinerseits auf A. einen bestimmenden Einfluß auszuüben vermag), Berlin 24. Mai 76 **St. 6** 314, andererseits Dresden 27. Feb. 74, 10. Nov. 75, **St. 4** 181, **5** 366 (Erpressg. gegen den Vater durch die Drohung, den Sohn wegen Diebst. verhaften zu lassen).

8) „Um sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvortheil zu verschaffen" muß die Nöthigung — deren einfacher Thatbestand aus § 240 (das. N. 11) lediglich die „Widerrechtlichkeit" erfordert — vorgenommen sein, wenn sie als Erpressg. sich darstellen soll. Demnach wird für diese, in gleicher Weise wie beim Betruge, die Bereicherungsabsicht verlangt, weshalb über dieses Erforderniß die N. 42 ff. zum § 263 zu vergleichen sind.

Der Thatbestand der vollendeten Erpressg. erfordert hiernach (vgl. N. 6, 7), daß die erzwungene Hdlg. ꝛc. das vom Thäter gewollte Mittel sei, welches den beabsichtigten Vermögensvortheil kausal verwirklichen soll; **RG.** III 8. Jan. 83 **E. 8** 5. Demgemäß erfüllt eine Drohung, welche zu dem Zwecke gegen einen Anderen gerichtet wird, um diesen zu bestimmen, daß er bei einem Dritten zu Gunsten des Thäters sich verwende, ohne daß der Dritte der Verwendung entsprechen muß, auch dann den Thatbestand der Erpressg. nicht, wenn das, was verlangt werden soll, mit einem Vermögensvortheil verknüpft ist; so das N. 7_2 cit. **RG.** 8. Feb. 83.

9) Die Erpressg. ist mit der Nöthigung vollendet; abweichend vom Betruge (§ 263 N. 52) gehört auch die Vermögensbeschädigung eines Anderen nicht zum Thatbestande; noch weniger aber wird an sich zur Vollendung erfordert, daß die beabsichtigte Bereicherung (N. 8) eingetreten sei; so die GM., insbs. **RG.** I 24. März 84 **E. 10** 216. Wenn freilich die Handlung ꝛc. (N. 6), auf welche die Nöthigung abzielte, unmittelbar die Bereicherung des Nöthigenden mit sich bringen sollte, wie z. B. bei Nöthigung zur Zahlung einer Geldsumme, dann fällt auch mit der Vollendung der That der Eintritt der beabsichtigten Bereicherung zusammen. Fraglich kann hier nur sein, ob, wenn die Hdlg. nicht in vollem Umfange erreicht wird, also statt der verlangten 50 M. z. B. nur 40 gezahlt werden,

Vollendung oder Versuch vorliege (N. 15); die aus der Fassung des Deliktsthatbestandes zu ziehende Konsequenz läßt das letztere als richtig erscheinen.

10) Den Dolus btr., so erfordert Binding Normen **2** 562 ff., als den dem Verbote „der rechtlosen Bereicherung auf Kosten eines fremden Vermögens" entsprechenden Vorsatz, die Absicht, sich einen Vermögensvortheil zu verschaffen, auf den kein Rechtsanspruch besteht, und die Absicht, sich diesen Vortheil auf Kosten der rechtlich anerkannten Vermögenslage eines Anderen und deshalb verbotenerweise zu verschaffen; der Umstand, daß der Thäter seine Bereicherung mittels Einschüchterung durch Drohungen erlangen wolle, bilde lediglich ein selbständiges Strafbarkeitsmerkmal, woraus folge, daß es Erpressungen mit einfacher Schuld (bei ausschließlichem Bereicherungsvorsatz) sowie Erpressungen mit zusammengesetzter Schuld (bei Bereicherungsvorsatz i. V. mit dem Deliktsvorsatz der Nöthigung aus § 240) gebe. Unbedingt wird man Binding darin zuzustimmen haben, daß es kein Recht gebe, „nie und nimmer durch Drohungen behelligt zu werden"; folglich muß auch davon abgesehen werden, den Dolus bei der Erpressg. zu bestimmen als einen zusammengesetzten Vorsatz, gerichtet einerseits gegen das Verbot rechtswidriger Bereicherung, andererseits gegen ein Verbot der Gewaltanwendung bzw. Bedrohung. Berücksichtigt man aber, daß das Bereicherungsdelikt der Erpressg. von dem gleichgearteten Delikte des Betruges lediglich durch die Anwendung des Mittels sich unterscheidet, das dort „Gewalt oder Drohung", hier „täuschende List" sein muß (Binding Normen **2** 560, Merkel HH. **3** 730, v. Liszt S. 491), so ergiebt sich als unabweisbare Nothwendigkeit, den Bereicherungsvorsatz bei beiden Delikten zu spezialisiren; demgemäß ist der Dolus bei der Erpressg. zu bestimmen als der Vorsatz, durch das Mittel der Gewalt oder Drohung rechtswidrig sich zu bereichern.

11) Ueber das Erforderniß des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit, als eines Theiles des in N. 10 bestimmten Erpressungsdolus, herrscht kein Streit; vgl. insbs.: **RG.** II 19. März 80 **R. 1** 495, III 30. Apr., 11. Juni 81, **E. 4** 167, 279, Berlin 13. Feb. 74 **O. 15** 84. Wegen fehlenden Bewußtseins der Rechtswidrigkeit wird in der Regel, selbst wenn dem btr. Gläubiger dieses Bewußtsein beiwohnen sollte, die Androhung seitens des Vorstandes einer sog. Schutzgenossenschaft, daß der Schuldner bei erfolgter Nichtzahlung in die Listen der säumigen Schuldner aufgenommen werden sollte, nicht als Erpressung strafbar sein; Corbes G. **28** 425, Gerlach Jahrb. f. Nationalök. u. Statistik NF. **20** 172.

Der ausdrücklichen Feststellung bedarf dieses Bewußtsein, nach allgemeiner prozessualischer Regel, im nicht-schwurgerichtl. Verfahren jedoch nur, wenn es in Zweifel gezogen wird; Berlin 9. Dez. 75, 4. Apr. 76, 15. März, 9. Nov. 77, O. **16** 785, **17** 248, **18** 220, 702, Dresden 11. Feb. 78 St. **8** 214.

12) Wenn der Thäter einen und denselben Vermögensvortheil durch Vergewaltigung verschiedener Personen mittels selbständiger Hdlgen anstrebt, so liegen Fälle der, versuchten bzw. vollendeten, Erpressg. in Realkonk. (§ 74) vor; **RG.** I 1. Juli 80 **R. 2** 148.

13) Das Verhältniß der Erpressung zu anderen strafb. Hdlgen betreffend, so kommt namentlich in Betracht dasjenige:

a. zum § 223; vgl. unten N. 14_3 sowie § 255 N. 2_2;

b. zum § 240; mit diesem ist Idealkonk. (§ 73) möglich (s. o. N. 2, 3, 8, 10);

c. zum § 249; das Verhältniß der Erpressg. zum Raube ist vielfach bestritten. Der wesentliche Unterschied zwischen beiden ist der, daß der Angegriffene bei der Erpressg. zu einer auf seinem Entschlusse beruhenden Handlung ꝛc. genöthigt (N. 6_3), beim Raube aber in volle Passivität versetzt wird (vgl. § 249 N. 3b); so auch **RG.** I 30. März 82 **R. 4** 288, die Absicht der Wegnahme allein genüge nicht zur Vollendung des Thatbestandes des Raubes, wenn nicht auch die beabsichtigte Wegnahme unmittelbar durch die Gewalt ꝛc. bewirkt werde; deshalb liege Erpressg., nicht Raub, vor, wenn die Sache durch den Inhaber, obschon in Folge des Zwanges, herausgegeben werde.

Der von den Motiven hervorgehobene fernere Unterschied, daß der Raub auf die rechtswidrige Aneignung (richtiger: Wegnahme behufs Aneignung) einer Sache beschränkt sei, während das Wesen der Erpressg. darin bestehe, daß sie den Bedrohten zu einer „Handlung ꝛc." nöthige, durch welche der Thäter den beabsichtigten Vermögensvortheil erwerben

wolle, ist nicht so wesentlich; denn er läßt eine Verschiedenheit beider Delikte nicht hervortreten, wenn beispielsweise bei der Erpressung der Vorsatz des Thäters dahin geht, den Anderen zu nöthigen, „die Wegnahme einer diesem gehörigen Sache aus seinem Gewahrsam zu dulden"; so auch v. Liszt S. 492, der diesen Fall als Erpressg. ansieht, solange nicht die Mittel des Raubes angewendet werden, im übrigen aber S. 455 den Raub als ein gegen das Eigenthum an beweglichen Sachen, die Erpressg. als ein gegen das Vermögen überhaupt gerichtetes Delikt ansieht.

Ebenso verhält es sich mit dem Unterschiede, daß die Erpressg. ein Bereicherungsdelikt (N. 8, 10), der Raub dagegen kein solches ist (vgl. § 249 N. 9_2); denn wenn, wie meist, die Absicht beim Raube gleichfalls auf rechtswidrige Bereicherung geht, so schwindet auch diese Verschiedenheit; vgl.: Villnow Raub S. 43, Binding Normen 2 563 N. 819.

Die — namentl. von v. Liszt aO. u. Merkel S. 325 betonte — Verschiedenheit endlich der Qualität der Gewalt oder Drohung, die beim Raube im Vergleiche mit der einfachen Erpressg. (§ 253) allerdings vorliegt, schwindet im Vergleiche mit der räuberischen Erpressg. gänzlich, da bei dieser sowohl die Gewalt wie die Bedrohung begrifflich von derselben Beschaffenheit wie beim Raube sein muß, was allerdings v. Liszt zu der Folgerung führt, daß die sog. räuberische Erpressg. keine Erpressg. sei; vgl. § 255 N. 2, 3.

Der oben an die Spitze gestellte Unterschied zwischen Erpressg. und Raub beruht durchaus nicht lediglich auf der verschiedenen Intensität der angewandten Mittel; je nach der Persönlichkeit, gegen welche dieselben zur Anwendung gebracht werden, wirken die Mittel verschieden, ja sie können nach Umständen auch auf eine und dieselbe Person verschiedenartig wirken. Weil aber denkbarer Weise durch eine als eine und dieselbe Hdlg. sich darstellende Gewaltanwendung oder Bedrohung der Angegriffene zunächst kraft eigenen Entschlusses zu einer Duldung ꝛc. sich verstehen, demnächst aber in völlige Passivität versinken kann (oder umgekehrt), so ist auch die von H. Meyer S. 721 u. Katz GS. **31** 424 wegen der Eingangs gedachten wesentlichen Verschiedenheit beider Delikte für ausgeschlossen erachtete Idealkonk. (§ 73) denkbar.

Die Möglichkeit einer Idealkonk. muß auch von allen denen bestritten werden, die den Raub für das speziellere Delikt gegenüber der Erpressg. ansehen, wie namentl. v. Liszt, nach welchem der Raub sowohl durch die größere Intensität der Mittel als auch durch die spezielle Richtung auf das bewegliche Eigenthum den engeren Thatbestand enthält. Von diesem Standpunkte aus, den insbs. RG. II 23. Sept. 81 E. **4** 429, Merkel HH. **4** 417 u. v. Buri GS. **29** Beilageh. S. 6, 9, 56 vertreten, kann nur Gesetzeskonk. (§ 73 N. 12 ff.) für möglich erachtet werden;

d. zum § 263; vgl. daselbst N. 56 sowie oben N. 2, 8, 9_2, 10;

e. zum § 289; vgl. daselbst.

Zu § 253. N. 14—17.

14) Der § 253 enthält den in den N. 2 ff. dargestellten Thatbestand der sog. einfachen Erpressung im Gegensatz zu den in den §§ 254, 255 behandelten Fällen der qualifizirten Erpressung.

Einer besonderen Erörterung bedarf jedoch der Begriff der „Gewalt" (N. 4). Da im § 255 die „gegen eine Person" gerichtete Gewalt einen straferhöh. Umst. bildet, so schließt die insoweit speziellere Bestimmung des § 255 den § 253 aus und erhellt, daß in letzterem nur eine Gewalt gemeint sein kann, die im Sinne des § 255 nicht „gegen eine Person" gerichtet ist; daß sie im weiteren S. gegen die Person des Genöthigten sich richten müsse, ist hier so selbstverständlich wie bei der Nöthigung; so auch Binding **1** 462 N. 14, Geyer **2** 58 und H. Meyer S. 717, 720, die im übrigen eine auf einem Redaktionsfehler beruhende unlösbare Antinomie zwischen den §§ 253, 255 annehmen. Es darf daher die Gewalt im § 253 nicht, wie v. Liszt S. 492 durchweg für die Erpressg. überhaupt annimmt, allgemein vis in hominem in dem von ihm gebrauchten Sinne sein, d. h. „Gewalt an anderen Personen als den zu Verletzenden, oder an Sachen" (vgl. § 240 N. 51), sondern vielmehr nach der positiven Fassung des § 255 („Gewalt gegen eine Person", nicht aber „Gewalt gegen die Person des Genöthigten") nur Gewalt an Sachen, freilich mit der mittel-

baren Richtung gegen die Person des Genöthigten; so im wesentlichen: Merkel HH. **3** 726, **4** 417, Villnow Raub S. 22, 50, namentl. aber Hälschner **2** 379 u. GS. **35** 20, nach welchem für § 253 nur übrig bleiben soll „eine jede gegen Sachen gerichtete und als vis absoluta gegen Personen wirkende Gewalt" (die als vis compulsiva wirkende subsumirt er unter „Drohung"); lediglich eine „Gewalt gegen Sachen" als solche erachten als im § 253 gemeint: F. Meyer N. 4, Oppenh. N. 2, Puchelt N. 2, Wanjeck G. **27** 199, welche Ansicht v. Wächter u. Katz, GS. **27** 165, **31** 432, für einen „unmöglichen" Auslegungsversuch erklären. Dagegen will v. Buri GS. **29** Beilageh. S. 13, 56 „neben der Gewalt gegen Sachen nur die geringere Gewalt gegen Personen" zulassen, während v. Schwarze N. 4 dafür erachtet, daß auch im § 253 „Gewalt gegen die Person", im § 255 aber wegen der Höhe der Strafe „vis violenta" gemeint sei.

Nach der Ausführung im Abs. 2 schließt die „durch Gewaltanwendung" verübte einfache Erpressg. eine Körperverletzung des Genöthigten nicht in sich, im Gegentheile findet, wenn eine solche vorliegt, § 255 Anwendung; immerhin aber kann Idealkonk. (§ 73) zwischen § 253 und §§ 223 ff. deshalb stattfinden, weil auch im Falle des § 253 eine, als Körperververletzung sich qualifizirende, Gewalt an einer Person — nämlich einem Dritten — ausgeübt sein kann.

15) Ein Versuch, der im Abs. 2 für strafbar erklärt ist, erscheint denkbar, trotzdem die Erpressung begrifflich die Erreichung des angestrebten Vermögensvortheiles nicht erfordert (N. 9 u. § 43 N. 28b). Mit Rücksicht auf diesen Umstand liegt ein Versuch dann vor, wenn der Thäter zwar Gewalt oder Drohung anwendete, dadurch aber den Anderen zu der btr. Hdlg. 2c. zu bestimmen nicht vermocht hat (N. 6_2); so die GM., insbs., außer den Motiven: **RG.** II 12. März 80 N. **1** 453, Berlin 17. Mai, 13. Nov. 73, 8. Okt. 74, St. **3** 68, 211, O. **15** 637; aM. Rubo N. 7 (vgl. gegen dessen Ansicht Cohn Versuch **1** 634).

Völlig unrichtig hat aber **RG.** III 23. Apr. 85 N. **7** 248 (ORA. entgegen) einen Erpressungsversuch für vorliegend angenommen, wenn der durch eine Drohung angestrebte Vermögensvortheil objektiv nicht rechtswidrig war, aber vom Thäter für rechtswidrig gehalten wurde. Es liegt hier nach der hergebrachten Ausdrucksweise ein sog. Putativdelikt vor; der Thäter hat seine Hdlg. zwar unter eine vorhandene Norm subsumirt, allein ihr fehlte das Deliktsmerkmal der Rechtswidrigkeit des angestrebten Vermögensvortheiles, während er es als vorhanden annahm; die Drohung war deshalb gesetzlich gestattet, und unmöglich kann der Irrthum des Thäters, welcher die konkret erlaubte Handlung für eine verbotene hält, seine Hdlg. irgendwie, auch nur als Versuch, strafbar machen; vgl. Binding **1** 692 ff. (der übrigens diesen Fall dem eigentlichen del. putativum o. Wahnverbr. zur Seite stellt); gegen die Ansicht des **RG.** auch Baumgarten Versuch S. 356, ferner H. Meyer S. 700, der jedoch N. 26 ein Putativdelikt nicht für vorliegend erachtet.

16) Die Hauptstrafe des vollendeten Verg. ist Gefängniß von 1 Mt.—5 J. (§ 16). Wegen der Nebenstrafe vgl. § 256 N. 1.

Der Versuch (N. 15) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen.

17) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren; die Verjährung beginnt mit dem Tage, an welchem die Nöthigungshdlg. verübt wurde, nicht erst an dem Tage, an welchem der Genöthigte die erzwungene Hdlg. vornahm; das. N. 9.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. §§ 73^1, 27.

§. 254.

Wird die Erpressung durch Bedrohung mit Mord, mit Brandstiftung oder mit Verursachung einer Ueberschwemmung begangen, so ist auf Zuchthaus bis zu fünf Jahren zu erkennen.

PrStGB. § 235 Abs. 2. Entw. I § 231 Abs. 2, II § 249.

1) Der § 254 enthält einen Fall der qualifizirten Erpressung (§ 253 N. 1), jedoch nicht der Erpressung im allgemeinen, sondern nur der durch „Drohung" begangenen, da das im § 254, in Uebereinstimmung mit den §§ 240, 241, gebrauchte Wort „Bedrohung"

mit der „Drohung" im § 253 (das. N. 5) völlig gleichbedeutend ist; es sind deshalb die N. 2, 3, 5—13 zum § 253 zu vergleichen.

2) Der i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 straferhöh. Umst. liegt darin, daß die gebrauchte Drohung (Bedrohung) von besonderer Beschaffenheit ist; es wird aber weder für genügend erachtet, daß mit einer verbotenen Hdlg., noch, daß mit einem V. o. V. (§ 240), noch, daß mit einem Verbr. (§ 241) gedroht werde, vielmehr erfordert der Thatbestand der schweren Erpressung aus § 254, ähnlich dem die Androhung „eines gemeingefährl. Verbr." voraussetzenden § 126, eine Bedrohung mit gewissen schweren, zum Theil gemeingefährlichen, Verbr., nämlich:

a. mit Mord, d. h. dem Verbr. aus § 211, nicht auch mit „Todtschlag" (vgl. § 255 N. 3; aM.: Schütze S. 457 N. 26, Rubo N. 2), oder

b. mit Brandstiftung (§§ 306—308, 311 — das. N. 1b; vgl. auch § 265 N. 1b), oder

c. mit Verursachung einer Ueberschwemmung (§§ 312, 313).

Wenn übrigens die Motive ohne weiteres das Vorliegen einer Idealkonk. (§ 73) mit dem Verg. aus § 126 annehmen, so ist das, wie bereits von verschiedenen Seiten hervorgehoben worden, nicht zutreffend, da einmal nicht alle oben bezeichneten Verbr. zu den gemeingefährl. gehören, andererseits aber § 126 die Störung des öffentlichen Friedens fordert, die zur Erfüllung des Thatbestandes der schweren Erpressung nicht gehört.

3) Der Dolus bei der schweren Erpressung aus § 254 ist offenbar kein anderer als bei der einfachen (§ 253 N. 10, 11); denn es handelt sich zweifellos nur um ein in der Intensität der Drohung beruhendes Strafbarkeitsmerkmal.

4) Die Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus von 1—5 J. (§ 14_2), neben welchem nach § 32 VbbER. erkannt werden kann; vgl. außerdem § 256 N. 2.

Der Versuch des Verbr. (§ 253 N. 15) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen.

5) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in zehn Jahren; wegen des Beginnes der Verjährung vgl. § 253 N. 17.

Zuständig ist Strafk.; GVG. § 73^3.

§. 255.

Wird die Erpressung durch Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben begangen, so ist der Thäter gleich einem Räuber zu bestrafen.

PrStGB. § 236. Entw. I § 232, II § 250.

1) Der die schwersten Fälle (s. jedoch N. 4) der Erpressung (§ 253 N. 1) — die in den Motiven sog. räuberische Erpressung — behandelnde § 255 (vgl. § 139 N. 1e) enthält, abweichend vom § 254 (das. N. 1), sowohl für den Fall der Röthigung durch Gewalt als auch für den durch Drohung je einen i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 straferhöhenden Umstand; es sind deshalb die N. 2—13 zum § 253 zu vergleichen.

2) Daraus, daß im Falle des § 255, wie beim Raube (§ 249 N. $4a^2$), die „Gewalt gegen eine Person" gerichtet sein muß, ergiebt sich einerseits, daß bei der räuberischen Erpressg. die Gewalt gegen Sachen ausgeschlossen ist, andererseits, daß bei der einfachen Erpressg. gerade nur diese Gewalt in Betracht kommt (§ 253 N. 14). Die Auslegung v. Wächter's (GS. 27 173), daß die Worte „mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben" auch auf Erpressung „durch Gewalt" zu beziehen seien, ist von vornherein sprachlich höchst bedenklich; dazu kommt, daß unbestreitbar die Fassung des § 255 in vollster Anlehnung an § 249 erfolgt ist, daß aber Niemand daran denkt, die hervorgehobenen Worte dort gleichfalls in eine Verbindung mit der „Gewalt" zu bringen; wie übrigens in N. 5 letzt. Abs. zum § 240 dargelegt wurde, daß bei der Nöthigung auch die gegen einen Dritten angewendete Gewalt ein zulässiges Mittel sei, so ist ein Gleiches hinsichtlich der Erpressung hervorzuheben; aber auch die an einem Dritten verübte Gewalt reicht nach der bestimmten Wortfassung des § 255 hin, dessen Thatbestand zu erfüllen, da nur erfordert wird „Gewalt

gegen eine Person", d. h. an einer beliebigen Person (sofern nur diese Gewalt kausal zu wirken geeignet ist), nicht aber an der Person des Genöthigten selbst.

Darüber, daß durch die „mit Gewalt gegen eine Person" verübte räuberische Erpressung der Thatbestand der einf. Körperverletzung eingeschlossen und somit die Anwendung des § 223 durch das speziellere Gesetz ausgeschlossen wird, vgl. § 249 N. 10a; Rüd.-St. N. 1.

3) Die „Drohungen" müssen bei der räuberischen Erpressung solche „mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben" sein; vgl. deshalb §§ 52 N. 8 f., 176 N. 7. Hierunter fallen, außer den Drohungen mit sofortiger Ermordung (§ 254 N. 2a), auch die Bedrohungen mit „Todtschlag", falls dessen Ausführung unmittelbar zu gewärtigen ist; Villnow Raub S. 51, v. Buri, Katz, GS. 29 Beilageh. S. 68, 31 438.

4) Da der Thäter auch hier, wie im Falle des § 252, „gleich einem Räuber zu bestrafen" ist, so ist, wie in N. 11 zum § 252, wegen der Strafe, Verjährung und Zuständigkeit auf die entsprechenden Noten zu den §§ 249—251 zu verweisen.

Hervorzuheben ist jedoch als ein Redaktionsfehler, daß hier nicht nur in den dem § 249, sondern auch in den dem § 250 entsprechenden Fällen die Annahme mild. Umst. und folglich auch Gefängniß zulässig ist, während im Falle des § 254 bei niedrigerem Höchstbetrage stets auf Zuchthaus erkannt werden muß; Geyer GS. 27 383.

§. 256.

Neben der wegen Erpressung erkannten Gefängnißstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte und neben der wegen Raubes oder Erpressung erkannten Zuchthausstrafe auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden.

PrStGB. §§ 231, 235, 236. Entw. I §§ 227 Abs. 3, 231, 232, II § 251.

1) Wegen des Verlustes d. bER., welcher „neben der wegen Erpressung erkannten Gefängnißstrafe" (d. h. also im Falle des § 253) erkannt werden kann, vgl. § 32.

2) Wegen ZulvPolAufs. „neben der wegen Raubes oder Erpressung erkannten Zuchthausstrafe" vgl. §§ 38 N. 3, 45 N. 5.

Einundzwanzigster Abschnitt.

Begünstigung und Hehlerei.

1) Während noch der Entw. I, im Anschluß an das PrStGB., die „Begünstigung" in den Th. I Abschn. 3 verwies, schloß der Entw. II die Begünstigung von der Theilnahme aus, da „die Thätigkeit des Begünstigers erst der vollendeten That nachfolge, mit ihr selbst daher unmittelbar nicht in Verbindung stehe". Wurde hiernach von der Auffassung ausgegangen, daß die Begünstigung ein selbständiges Vergehen (delictum sui generis) sei, so erschien nach den Motiven die gemeinsame Behandlung der „Begünstigung" in Einem Abschnitte mit der „Hehlerei" um so mehr geboten, „als sich die Begünstigung von der eigentlichen „Hehlerei", d. h. der Hehlerei in Betreff von Personen, nur dadurch unterscheidet, daß zwar nicht bei der Begünstigung, wohl aber bei der Hehlerei, die Handlung um des eigenen Vortheils wegen geschieht". Auch dieser Unterschied ist im StGB. selbst in Wegfall gekommen; denn nach der von der RTkommission gegenüber dem Entw. II beschlossenen und demnächst zum Gesetz erhobenen Abänderung wird die „Begünstigung" (§ 257) dadurch qualifizirt, daß der Beistand vom Begünstiger „seines Vortheils wegen" geleistet wird; in Folge dessen erscheint die Personenhehlerei (§ 258) nur als eine spezielle Art der „des Vortheils wegen" geleisteten Begünstigung (vgl. § 258 N. 2); trotzdem wird sie im Gesetze als Hehlerei bezeichnet. Diesen Delikten tritt alsdann im § 259 die Hehlerei in Betreff von Sachen, die sog. Partirerei, gegenüber, während die §§ 260—262 Bestimmungen enthalten, die gemeinschaftlich sowohl auf die Personen- als auch auf die Sachenhehlerei sich beziehen.

Daß Abschn. 21 die Materie der Begünstigg. u. Hehlerei i. S. des EG. § 2 habe regeln wollen, ist anzunehmen; Binding I 321.

2) Die Begünstigung soll nach den Motiven ein selbständiges Verg., „wenn auch von accessorischer Natur“ sein; wie die Begünstignng in ihren beiden Formen (§ 257 N. 7), so steht auch die Hehlerei sowohl in Betreff von Personen als auch in Betreff von Sachen in einer gewissen „Relativität“ (vgl. Gretener Begünstigg. S. 103 N. 43) zu anderen strafb. Hdlgen (§§ 258 N. 2, 259 N. 1, 3 ff.).

Die Relativität sowohl der Begünstigg. wie der Hehlerei erhellt auch aus der Bestimmung des GVG. § 27[8], wodurch die Zuständigkeit der Schöffengerichte „für das Vergehen der Begünstigung und für das Vergehen der Hehlerei in den Fällen des § 258[1] uud des § 259 des StGB.“ begründet wird, „wenn die Handlung, auf welche sich die Begünstigung oder die Hehlerei bezieht, zur Zuständigkeit der Schöffengerichte gehört“.

3) Nach StPO. § 3 begründet die Beschuldigung mehrerer Personen bei einer strafb. Hdlg. als Thäter, Theilnehmer, Begünstiger oder Hehler einen Zusammenhang im prozessualischen Sinne.

§. 257.

Wer nach Begehung eines Verbrechens oder Vergehens dem Thäter oder Theilnehmer wissentlich Beistand leistet, um denselben der Bestrafung zu entziehen oder um ihm die Vortheile des Verbrechens oder Vergehens zu sichern, ist wegen Begünstigung [mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark oder mit Gefängniß bis zu Einem Jahre und, wenn er diesen Beistand seines Vortheils wegen leistet, mit Gefängniß zu bestrafen. Die Strafe darf jedoch, der Art oder dem Maße nach, keine schwerere sein, als die auf die Handlung selbst angedrohte.

Die Begünstigung ist straflos, wenn dieselbe dem Thäter oder Theilnehmer von einem Angehörigen gewährt worden ist, um ihn der Bestrafung zu entziehen.

Die Begünstigung ist als Beihülfe zu bestrafen, wenn sie vor Begehung der That zugesagt worden ist. Diese Bestimmung leidet auch auf Angehörige Anwendung.]

PrStGB. §§ 37, 38. Entw. I §§ 43, 44, II § 252. StB. S. 1173 f., 1176.

Zu § 257 Absatz 1. N. 1—40. — Einfache Begünstigung. N. 1—37.

1) Der Thatbestand der Begünstigung, wie er im § 257 aufgestellt worden, ist ein sog. Mischthatbestand, denn als Begünstiger soll strafbar sein, „wer nach Begehung eines Verbr. oder Verg. dem Thäter oder Theilnehmer wissentlich Beistand leistet, um denselben der Bestrafung zu entziehen, oder um ihm die Vortheile des Verbrechens oder Vergehens zu sichern“.

Die Ansicht, daß beide Mischthatbestände sich nur durch die Verschiedenheit des verfolgten Zweckes unterschieden, würde eine falsche sein; denn es ist klar, daß die wissentliche Beistandleistung, d. h. also die äußerliche Hdlg., gleichfalls eine ganz verschiedene sein muß (N. 7 ff., 34), je nachdem dem Thäter oder Theilnehmer zu dem einen oder zu dem anderen Zwecke Beistand geleistet wird. Da endlich selbst die mit denselben Worten „nach Begehung eines V. o. V.“ bezeichnete Voraussetzung beider Arten der Begünstgg. in Wahrheit keineswegs die gleiche ist, so erscheint es geboten, jede derselben einer gesonderten Erläuterung zu unterziehen.

Persönliche (oder echte) Begünstigung. N. 2—28.

2) Erfolgt die Beistandleistung zum Zwecke: „um den Thäter oder Theilnehmer der Bestrafung zu entziehen“, so liegt die persönliche oder von Binding, Normen **2** 565, sogenannte echte Begünstigung vor; dieselbe verstößt gegen das Verbot der Vereitelung von Strafansprüchen des Staates. Die GM. behauptet einen einheitlichen Charakter beider Arten der Begünstgg. und findet denselben in einer Thätigkeit, welche darauf abzielt, den verletzten Zustand der Rechtsordnung durch Hinderung der rechtlichen Tilgung des Deliktes zu einem dauernden zu machen.

Die Entstehung eines staatlichen Strafanspruchs bildet sonach die nächste Voraussetzung dieser Begünstgg. Denn derjenige, welcher ohne diese Voraussetzung dem Thäter in der bezeichneten Absicht Beistand leistete, würde nur ein strafloses Putativdelikt verüben; so: Binding aO. S. 468 N. 680, H. Meyer S. 306, Oppenh. N. 18, Rüd.-St. N. 12, Gretener Begünstgg. S. 139, Samuely GS. **32** 8; aM.: v. Schwarze GS. **24** 376, Herzog GS. **24** 461 u. G. **29** 127.

Die weitere Voraussetzung ist, daß der Strafanspruch noch nicht, sei es durch Unterlassung der Stellung des erforderlichen Strafantrages innerhalb der Antragsfrist (§ 61), sei es durch Verjährung der Strafverfolgung o. der Strafvollstreckung (§ 66), sei es durch Abolition, Verbüßung oder Begnadigung ꝛc., erloschen sei; Binding aO. u. S. 565, Oppenh. N. 18, Gretener aO. S. 138, Herzog, Waldthausen, G. **29** 131 N. 10, 136, 400,

3) Die Worte „nach Begehung eines Verbrechens oder Vergehens“ bezeichnen gemäß dem in N. 2 Bemerkten als Voraussetzung der persönlichen Begünstigung regelmäßig ein strafbares V. o. V.; so die GM.

Eigenthümlich liegt aber das Verhältniß bei den sog. Antrags- bzw. Ermächtigungsdelikten, bevor der Antrag auf Bestrafung gestellt bzw. die Ermächtigung ertheilt ist; hier ist zwar die Strafpflicht des Staates und somit auch sein Strafanspruch noch nicht existent, vielmehr durch die Stellung des Strafantrages bedingt (vgl. §§ 61 N. 1, 99 N. 4); allein dadurch ist bereits die Möglichkeit gegeben, daß dem zukünftigen Strafanspruche des Staates entgegengewirkt werde; denn noch bevor das Antragsdelikt durch Stellung des Strafantrages ein strafb. Verg. geworden, kann Jemand zweifellos seinen Dolus durch Beistandleistung dahin bethätigen, daß der Thäter oder Theilnehmer alsdann, wenn der Antrag auf Bestrafung demnächst gestellt sein sollte, der Bestrafung entzogen werde. So: Hälschner **2** 874, v. Liszt S. 195, 616, H. Meyer S. 306, Gretener Begünstgg. S. 151; zu demselben Resultate, wenn auch aus ganz anderen Gründen, gelangen ferner Samuely GS. **32** 10 ff., 28 (durch Begehung eines Antragsdeliktes sei zwar für den Staat noch keine „Strafpflicht“,

wohl aber ein „Strafanspruch mit bedingter Verfolgbarkeit" entstanden) u. Herzog G. 29 136 (vgl. o. N. 2). Die Strafbarkeit der eben charakterisirten Handlungsweise hängt aber von der späteren Stellung und Nichtzurücknahme des Antrages ab; denn ohne diese wird der zur Zeit der entwickelten Beistandsthätigkeit noch bedingte staatliche Strafanspruch überhaupt nicht existent; es fehlt also auch für alle Zukunft an der die Voraussetzung der persönlichen Begünstigung bildenden Entstehung eines staatlichen Strafanspruches und liegt somit dann nur ein Putativdelikt vor (N. 1); so jetzt auch Binding 1 637, Objekt der echten Begünstigg. sei nur das verfolgbare staatl. Strafrecht, bei Antragsvergehen also erst das Strafrecht nach der Antragstellung und nur bis zur Zurücknahme des Antrages (anders früher Normen 2 569); aM. selbstverständlich Samuely u. Herzog aO. Die Konsequenz hiervon ist, daß auch die durch Gewalt, Drohung oder List bewirkte Hintertreibung der Antragstellung niemals als Begünstigg. strafbar sein kann; da ferner die „vorsätzlich widerrechtliche Hinderung der Entstehung staatlicher Strafansprüche" unter ein besonderes Strafgesetz nicht gestellt ist, so kann jene Hdlg. nur insofern strafbar sein, als sie in ihrer konkreten Gestaltung unter ein Strafgesetz, z. B. unter § 240, fällt; so: Geyer 2 152, Hälschner 2 875, Meves StRZ. 13 521, Gretener Begünstigg. S. 152, Samuely GS. 32 11, Waldthausen G. 29 397; aM.: Binding aO., Merkel HH. 4 428, H. Meyer S. 304, Kohler Studien 1 158. Dagegen liegt persönliche Begünstigg. vor, wenn die Zurücknahme eines Strafantrages durch Gewalt, Drohung oder List bewirkt wird, weil alsdann in rechtswidriger Weise die Befriedigung eines nach Eintritt der fehlenden Bedingung bereits entstandenen Strafanspruches vereitelt wird; so: H. Meyer S. 305 N. 19, Gretener aO., Samuely aO. S. 12 N.*; aM.: Hälschner 2 875 (mit beachtungswerthen Gründen), v. Schwarze N. 17, Waldthausen aO.

4) In der Wendung „nach Begehung eines Verbrechens oder Vergehens" bezeichnen sonach die hervorgehobenen Worte eine Hdlg., welche an sich oder wenigstens nach Stellung eines Strafantrages strafbar ist und zwar als „Verbrechen oder Vergehen" i. S. des RStGB. § $1_{1, 2}$ und des MStGB. § 1 (vgl. Th. I Abschn. 3 N. 10); so insbs. in letzterer Beziehung: RG. III 1. Feb. 82 E. 6 7 (btr. Begünstigg. der Fahnenflucht), II 1. Apr. 87 R. 9 218 (allgemein u. speziell btr. Begünstigg. des im MStGB. § 92 vorgesehenen Verg.), Oppenh. N. 4, Hecker G. 30 136 u. Abhandlungen S. 74 f. Ganz haltlos erscheint die Ansicht, daß unter „V. u. V." nur die im StGB. selbst bedrohten zu verstehen seien; cit. RG. 1. Apr. 87.

Die Begünstigg. einer Uebertretung i. S. des RStGB. § 1_3 ist daher straflos, soweit sie nicht durch die besonderen Vorschriften des im EG. § 2_2 in Kraft erhaltenen Reichs- u. Landesstrafrechts mit Strafe bedroht ist, wie z. B. durch PrFDG. § 5 u. PrFFPG. §§ 6, 8; v. Liszt S. 616. Wird aber eine an sich als Uebertretung strafb. Hdlg. durch die Rückfälligkeit des Thäters zu einem Verg., so bezieht die Begünstigg. sich objektiv auf ein Verg. und ist deshalb strafbar; so: Binding Normen 2 566 N. 827, F. Meyer N. 3, Oppenh. N. 4, Waldthausen G. 29 390; aM. Merkel HH. 3 739 N. 1.

Die „Begünstigung" selbst ist nach § 257 ein Verg.; daher ist zweifellos auch eine persönliche Begünstigg. des Begünstigers oder eines Theilnehmers an der Begünstigg. (N. 8) denkbar (vgl. auch noch u. N. 27); so die GM.; aM. Villnow Raub S. 73 u. Puchelt N. 5; letzterer sieht „Begünstigung des Begünstigers" nur dann als hierher gehörig an, wenn sie als „Begünstigung der Hauptthat" erscheine.

5) „Nach Begehung eines V. o. V." findet die Begünstigg. statt; liegt ein beendigter strafb. Versuch eines V. o. V. vor, so ist zweifellos die Voraussetzung der Begünstigg. gleichfalls gegeben; so die GM. Im übrigen bildet die Voraussetzung für die persönliche Begünstigg. (s. jedoch u. N. 33) die juristische Erfüllung des vollendeten oder nur versuchten V. o. V.; denn sobald durch die juristische Erfüllung ein staatlicher Strafanspruch entstanden ist, kann eine Thätigkeit entwickelt werden, um den Thäter oder Theilnehmer der Bestrafung zu entziehen; H. Meyer S. 306.

Setzt die strafb. Hdlg. nach der juristischen Erfüllung sich fort, so kann mit der Begünstigg. eine gleichzeitige oder nachfolgende Theilnahme am Verbr., insbs. Beihülfe, konkurriren (RG. III 5. März 88 E. 17 227), desgleichen, wenn nach Abschluß der, mindestens

einen strafb. Versuch enthaltenden, Handlung des Thäters der Erfolg noch aussteht (N. 27); Merkel HH. 3 739 N. 4, H. Meyer aO., Oppenh. N. 5.

6) Die vorherige Begehung (N. 5) eines V. o. V. muß thatsächlich festgestellt worden sein, wenn eine Verurtheilung wegen Begünstgg. erfolgen soll; vgl. Wolfenbüttel 27. Sept. 72 St. 2 194 (btr. die sachliche Begünstgg.). Es ist jedoch nur erforderlich, daß aus der thatsächlichen Feststellung hervorgehe, es sei ein „V. o. V." in dem N. 3 erläuterten S. begangen worden; hierdurch würde die Existenz der nothwendigen Voraussetzung der Begünstgg. erwiesen sein, während der Nachweis des speziellen V. o. V., welches verübt wurde, gerade durch die geleistete Begünstgg. häufig unmöglich sein wird.

7) Die äußere Handlung der persönl. Begünstgg. besteht darin, daß „dem Thäter oder Theilnehmer Beistand geleistet wird, um denselben der Bestrafung zu entziehen". Wie die „Hülfeleistung" im § 49 zwar in der mannigfachsten Weise geschehen kann, aber dadurch hinreichend charakterisirt wird, daß sie „zur Begehung des V. o. V." geleistet sein muß, so ist auch die „Beistandleistung" (vgl. auch § 90[5]) bei der persönl. Begünstgg. an sich durch Hdlgen verschiedenster Art denkbar; ihre nähere Bestimmung tritt aber durch die vom Begünstiger verfolgte Absicht ein (N. 12).

Zeigen sich auch unleugbar (N. 8—12) eine Reihe von Analogieen zwischen der „Hülfeleistung" i. S. des § 49 und der „Beistandleistung" i. S. des § 257, so bleibt doch zwischen beiden Hdlgen ein fundamentaler Unterschied bestehen, der davor warnen muß, in der Ziehung von Analogieen zu weit zu gehen (vgl. Binding Normen 2 566 N. 822). Die „Beihülfe" ist eine lediglich accessorische Deliktsform (§ 49 N. 1); ist es auch nicht erforderlich, daß der Thäter der Beihülfe sich bewußt sei (§ 49 N. 17), so ist doch die Beihülfe ohne die „Thäterschaft" eines Anderen in derselben verbrecherischen Richtung garnicht denkbar. Anders die als persönl. Begünstgg. sich darstellende „Beistandleistung"; diese ist gerade entgegengesetzt eine in ihrer äußeren Erscheinung völlig selbständige Hdlg., die nur durch die dem Begünstiger beiwohnende Absicht der Strafentziehung in eine gewisse Relativität zu einer von einem Anderen bereits begangenen strafb. Hdlg. tritt (vgl. Abschn. 21 N. 2); so: RG. I 7. Apr. 81 E. 4 60, Dresden 1. Juni 77 St. 7 322, Hälschner 2 876, Oppenh. N. 6, 7, Rüd.-St. N. 6, v. Schwarze N. 1, Gretener Begünstgg. S. 141, Waldthausen G. 29 394; aM.: Schütze S. 162 N. 4, Rubo N. 4, Villnow Raub S. 83. Während letzterer behauptet, daß ein Beistand nicht geleistet werden könne, „wenn der Thäter das, wozu der Beistand geleistet werden solle, garnicht thue", und v. Buri GS. 29 46 in einem solchen Falle versuchte (straflose) Begünstgg. annimmt, ist vielmehr mit den Vertretern der ersteren Ansicht dafür zu erachten, daß Beistandleistung i. S. des § 257 auch bei völliger Unthätigkeit, ja Unkenntniß des Begünstigten möglich sei. Selbst gegen den Willen des Thäters ist eine persönl. Begünstgg. desselben denkbar; denn wenn auch jener der Bestrafung sich nicht entziehen will, so kann doch ein Dritter durch Vernichtung der Spuren xc. die Feststellung der Schuld erschweren, vielleicht sogar die Verurtheilung wegen eines bestimmten V. o. V. unmöglich machen; der Wille des Begünstigten selbst ist also nicht unbedingt im Stande, den objektiv geleisteten Beistand zu beseitigen; diesen sachlichen Gesichtspunkten gegenüber erscheinen auch die aus dem Worte „Beistand" hergenommenen Bedenken nicht gerechtfertigt; aM.: Gretener, Waldthausen aO., Hälschner 2 877, Raff Begünstgg. dch. Zhlg. einer Geldstr. (Diss. München 1892) S. 20, persönl. Begünstgg. auch gegen den Willen des Begünstigten sei zwar möglich, allein das Gesetz fordere einen Beistand, der in solchem Falle nicht denkbar sei.

8) Wie die Beihülfe (§ 49 N. 22), so kann auch der Beistand bei der Begünstgg. sowohl dem Thäter als auch dem Theilnehmer (§ 50) geleistet werden. Daß § 257 unter dem „Thäter oder Theilnehmer" eine vom Begünstiger verschiedene Person im Auge habe, daß also die Selbstbegünstigung nicht strafbar sei, nimmt die GM., insbs. RG. I 7. Apr. 81 E. 4 60, mit Recht an. Folglich ist auch die Anstiftung zur Selbstbegünstigung als solche straflos (vgl. übrigens u. N. 27); aM. Oppenh. N. 1.

9) Wie zur Beihülfe (§ 49 N. 24), so können auch zur Begünstgg. Anstiftung und Beihülfe stattfinden; so die GM.; aM. Villnow Raub S. 73, jede Beihülfe zur Begünstgg. sei stets Begünstgg. der Hauptthat selbst.

10) Wie ferner durch die Beihülfe dem Thäter eine Förderung des beabsichtigten Erfolges nicht zu Theil geworden sein braucht (§ 49 N. 8), so erfordert die Vollendung des Verg. der Begünstgg. auch nicht, daß die Beistandleistung zur Beeinträchtigung des Strafanspruches geführt habe; so die GM., insbs.: **RG.** II 7. Dez. 83, I 13. Feb. 90, E. **9** 242, **20** 233 (btr. erfolglose Einwirkung auf einen Gendarmen z. Unterlassung einer Anzeige bzw. erfolgloses Unternehmen der Verleitung eines Dritten z. unwahrem Auss. im Ermittelungsverfahren), IV. 1. Apr. 90 G. 38 65, Dresden 1. Juni 77 St. **7** 322, Berlin 28. Okt. 74, 5. Jan. 76, O. **15** 718, **17** 3; aM.: H. Meyer S. 307, Rubo N. 4, v. Buri GS. **29** 38, Rethwisch Begünstgg. S. 51. Es ist somit in Wahrheit eine Versuchshdlg. unter eine selbständige Strafandrohung gestellt (§ 43 N. 28b); Binding Normen **2** 454, Hälschner **2** 876, Gretener Begünstgg. S. 103. Fraglich ist aber, ob die Beistandleistung nicht wenigstens überhaupt geeignet sein müsse, den fraglichen Erfolg herbeizuführen, ähnlich wie im Falle der Beih. der Gehilfe irgend etwas zur Erzeugung des konkreten Verbrechensthatbestandes beigetragen haben muß; die Frage wird zu bejahen sein, weil es sonst in der That an der Leistung eines Beistandes in concreto fehlen würde; so: citt. **RG.** 13. Feb. 90, Berlin 28. Okt. 74, Cassel OLG. 13. Sept. 90 G. **39** 171, Oppenh. N. 17, Gretener aO.; aM.: Hälschner **2** 876, Meves G. **38** 66 N. 1.

Ob eine Hdlg. im einzelnen Falle eine wirkliche Beistandleistung darstellt oder blos als ein vorbereitender Akt dazu erscheint, bemißt sich nach den konkreten Umständen; **RG.** I 9. Juni 87 E. **16** 157 (eine Hdlg., welche als Begünstigungshdlg. angesehen werden solle, müsse auch als solche beabsichtigt sein; bloße Vorbereitung einer Thätigkeit, durch welche Begünstgg. zu Theil werden solle, sei noch nicht selbst Begünstgg.).

11) Da die Begünstgg. gegen ein Verbot verstößt (N. 2), so ist sie ein Kommissivdelikt und kann folglich durch eine reine Unterlassung nicht begangen werden (§ 1 N. 3b); so die GM., insbs.: **RG.** III 22. Nov. 83 E. **9** 433 (lediglich in der Verweigerung der Auskunft gegenüber einer Polizeibehörde bezüglich des Aufenthaltes einer Person, die einer strafb. Hdlg. bezichtigt worden, könne eine Begünstgg. nicht gefunden werden), Dresden 28. Juli 73, Berlin 14. Nov. 77, St. **3** 120, **8** 216.

Wohl aber kann den allg. Grundsätzen gemäß die Begünstgg., wie die Beihülfe (§ 49 N. 12), durch eine Unterlassung begangen werden (Th. I Abschn. 3 N. 3); so die GM., insbs. München 10. März 76 BayerE. **6** 86. Unter dieser Voraussetzung kann auch die „Nichtanzeige eines begangenen V. o. V." eine Begünstgg. enthalten; so Oppenh. N. 7; aM.: Merkel HH. **3** 740, Blum N. 5.

12) Der Inhalt der Beistandleistung, die zweifellos, wie die Beihülfe im Falle des § 49 (das. N. 10ff.), durch „Rath o. That" geschehen kann, wird bestimmt durch den vom Begünstiger verfolgten Zweck, nämlich „den Thäter der Bestrafung zu entziehen." Hiernach ist das bloße Bewußtsein des Eintritts einer objektiven Beeinträchtigung des staatlichen Einschreitens gegen den Thäter nicht ausreichend; **RG.** I 15. Mai 82 R. **4** 487, IV 10. Mai 92 E. **23** 105, Meves G. 38 66 N. 1.

13) „Bestrafung" umfaßt i. S. des StGB. nicht nur die Verurtheilung zu einer Strafe, sondern namentl. auch die Verbüßung derselben (vgl. § 244 N. 4); so die GM., insbs. **RG.** I 7. Apr. 81, 11. Juni 83, IV 17. Okt. 84, 9. Apr. 86, E. **4** 60, R. **5** 421, **6** 633, **8** 275; aM.: John Entwurf S. 261 u. HH. **3** 150, Rethwisch Begünstgg. S. 49, auch Rubo N. 7, dem zufolge § 257 lediglich den Fall betrifft, in welchem „es sich nur um den Antritt einer bereits erkannten oder noch zu erkennenden Strafe handeln soll" und zwar wesentlich deshalb, weil die Befreiung aus der Strafhaft bereits als selbständiges Verg. im § 120 berücksichtigt sei (vgl. u. N. 20). Dabei wird jedoch übersehen, daß auch der entwichene Sträfling begünstigt werden kann; Schütze S. 163 N. 9.

14) Wie die Eingangsworte des § 257 zeigen (N. 4_1), muß es darum sich handeln, den Thäter oder Theilnehmer der „Bestrafung wegen eines Verbrechens oder Vergehens" zu entziehen; geht die Absicht nur dahin, den Thäter der Bestrafung wegen einer Uebertretung oder wegen eines Disziplinarverg. zu entziehen, so liegt die für den Thatbestand der Begünstgg. erforderliche Absicht nicht vor; wohl aber dann, wenn beabsichtigt

wird, den Thäter der im Disziplinarwege erfolgenden Ahndung wegen eines der im § 3 des EGzMStGB. bezeichneten militärischen Verg. zu entziehen.

15 a) Wegen der übertragenen Bedeutung des „Entziehens" vgl. § 235 N. 1; mit Unrecht versteht deshalb Rubo N. 6 darunter lediglich „Befreiung mittels Entfernens von dem jeweiligen Aufenthaltsorte." Ebensowenig wie im § 137 (das. N. 9) wird auch hier zwischen einem dauernden und einem vorübergehenden Entziehen unterschieden; der strafwürdige Eingriff in die Rechtspflege liegt deshalb auch vor, wenn die Absicht dahin geht, der rechtzeigen Bestrafung entgegen zu treten; RG. I 9. Juni 87 E. **16** 204.

b) Im übrigen muß die für die persönl. Begünstgg. erforderliche Absicht nach dem in N. 13 f. Bemerkten dahin sich konkretisiren, daß entweder der Verurtheilung des Thäters o. Theilnehmers wegen eines V. o. V. (N. 16, 17), oder der Vollstreckung der wegen eines solchen erkannten Strafe (N. 18—21) in dem eben bezeichneten Sinne entgegen gewirkt werden soll; Berlin 28. Okt. 74 O. **15** 718. Uebrigens liegt nicht in jeder Thätigkeit, welche, auch trotz objektiv vorliegenden Verbr. oder Verg. und trotz der Ueberzeugung davon, darauf abzielt, die Bestrafung des Thäters zu verhindern, ein „der Bestrafung Entziehen"; so kann selbst unter jener Voraussetzung eine innerhalb der gesetzlichen Grenzen sich haltende Vertheidigung niemals als „Begünstigung" aufgefaßt werden. In dem Begriffe des „Entziehens" liegt vielmehr das Moment des Rechtswidrigen (Oppenh. N. 11); dasselbe ist hier, wo es um öffentlich-rechtliche Verhältnisse sich handelt, dahin zu bestimmen, daß die Verhinderung der Bestrafung gegen die Grundsätze des öffentlichen Rechts verstoßen müsse (vgl. § 263 N. 45). Gegen diese verstößt es z. B. nicht, wenn der Vertheidiger trotz Ueberzeugung von der Schuld seines Klienten auf Nichtschuldig plaidirt, vielleicht wissentlich unter wahrheitswidrigen Anführungen; denn die Pflicht des Vertheidigers, seinen Klienten zu vertheidigen, findet ihre Grenze nur im formellen und materiellen Strafgesetze selbst, während andererseits der Richter den unerwiesenen Angaben keinen Glauben zu schenken braucht; v. Schwarze GS. **24** 384.

16) Ist die Absicht darauf gerichtet, der Verurtheilung entgegen zu wirken, so kann zweifellos eine „Beistandleistung" schon erfolgen, ehe von irgend einer Seite Schritte zur Herbeiführung der Strafverfolgung geschehen waren (wegen der Antragsdelikte s. o. N. 3₂), d. h. also in Voraussicht der Verfolgung behufs deren Abwendung; Berlin 28. Okt. 74 O. **15** 718, Binding Normen **2** 589, Oppenh. N. 11.

17) Als einzelne Fälle dieser gegen die Verurtheilung sich richtenden Begünstgg. sind hervorzuheben:

a. Verwischung der Spuren der That (vgl. auch § 367 [1]); Berlin 28. Okt. 74 O. **15** 718 btr. der Verdeckung einer Unterschl. durch Schritte behufs Wiederherstellung der unterschlagenen Depots; dsgl. Verbergen o. Verheimlichen von Ueberführungsstücken; vgl. RG. II 2. Feb. 92 G. **39** 426 (btr. Verweigerung der Erlaubniß zur Haussuchg. seitens eines Ortsvorstehers); mit Recht hat aber RG. II 10. Nov. 82 R. **4** 804 (btr. einen Fall der sachl. Begünstgg.) verneint, daß Jemand, der einer unberechtigten Haussuchung Widerstand entgegensetze, dadurch als Begünstiger strafbar werde, wenn er auch zugleich den Zweck verfolgte, einen Anderen nach Begehung einer Strafthat zu begünstigen;

b. Verbergen des Thäters bzw. Beförderung der Flucht desselben; streitig ist, ob eine Beistandleistung, welche lediglich darauf abzielt, dem Thäter die Erduldung der Untersuchungshaft zu ersparen, als Begünstgg. anzusehen sei; man wird die Frage bejahen müssen, da die Hintertreibung einer im Untersuchungsinteresse beschlossenen, event. schon vollstreckten Untersuchungshaft auf jeden Fall zu einer Vereitelung des staatlichen Strafanspruches selbst führen kann (vgl. u. N. 20); so v. Buri GS. **29** 20, im wesentlichen aber auch Meves StRZ. **13** 517; aM.: Merkel HH. **4** 428 N. 4, Oppenh. N. 11, Waldthausen G. **29** 396, auch: Hälschner HH. **2** 876 N. 3, H. Meyer S. 305, v. Schwarze GS. **24** 382, Villnow Raub S. 88, Gretener Begünstggg. S. 146, welche die Frage nur für den Fall bejahen, daß der Thäter dadurch der künftigen Bestrafung entzogen werden solle;

c. wahrheitswidrige Auslassung in der wegen der That geführten Untersuchung, so z. B. einerseits fälschliche Uebernahme der Schuld auf sich selbst (vgl. Berlin 14. Nov. 77

St. 8 216), auch in der Form einer falschen Selbstanschuldigung (Teichmann ZfSchweizerisches R. NF. 9 358 u. früher schon Keßler GS. 38 576, der von seinem Standpunkte aus auch die falsche Anschuldgg. eines Einwilligenden hierher rechnet; vgl. Th. II Abschn. 10 N 1), andererseits wissentlich falsche Anschuldigung eines Anderen (vgl. § 164; Schütze S. 164); namentl. kann auch eine wahrheitswidrige Zeugenaussage eine Begünstigung enthalten; so: RG. II 21. März 84 R. 6 214 (btr. einer nicht beeidigten Zeugenaussage im Ermittelungsverfahren), Merkel HH. 3 740, H. Meyer S. 304, Schütze S. 163, Geyer GS. 27 306; aM. John Entwurf S. 261. Wurde die Begünstgg. durch eine falsche eidliche Zeugenaussage geleistet, so greifen allerdings bei vorliegender Idealkonk. die härteren Strafbestimmungen des Abschn. 9 wegen Meineids Platz;

d. Zeugnißverweigerung, soweit eine Zeugnißpflicht besteht (N. 11₂); die etwaigen prozessualischen Ordnungsstrafen bzw. Zwangsmaßregeln (StPO. § 69) berühren die Bestrafung wegen Begünstgg. nicht (vgl. § 138 N. 7);

e. Einwirkung auf andere Personen, welche den Thäter kennen oder zu belasten im Stande sind; vgl. z. B.: Berlin OAG. 1. Nov. 71, Dresden 1. Juni 77, St. 1 54, 7 322, btr. der Aufforderung an einen Dritten, den Thäter nicht zu verrathen, bzw. des Versuches der Verleitung eines Anderen zur wahrheitswidrigen nicht eidlichen Aussage; aber auch Einwirkung auf einen zur Anzeige strafb. Hdlgen verpflichteten Beamten dahin, die Anzeige pflichtwidrig zu unterlassen (RG. II 7. Dez. 83 E. 9 242; dagegen ORA., wie in dem Unterlassen einer Denunziation eine Begünstgg. nicht gefunden werden könne, ebensowenig in der Aufforderung, eine solche Denunziation zu unterlassen; vgl. R. 5 762), ja selbst die Einwirkung auf eine zur Anzeige einer von Amtswegen zu verfolgenden That entschlossenen Privatperson, von der Strafanzeige abzustehen (so RG. II 6. Apr. 86 E. 14 38; aM. Kohler Studien 1 157).

18) Bei der gegen die Strafvollstreckung sich richtenden Begünstgg. kann die erforderliche Absicht durch Beistandleistung gegenüber allen Strafen an den Tag gelegt werden, welche überhaupt einer Vollstreckung bedürfen. Zu solchen Strafen gehört aber auch die ZulvPolAuff. (§ 38) sowie die Ueberweisung an die LPB. (§ 362) nebst den auf Grund derselben ergriffenen polizeil. Maßnahmen (Th. I Abschn. 1 N. 3b[7, 10]); die im § 39 gedachten Wirkungen der PolAuff., dsgl. die Ausführung der Ueberweisung an die LPB. und die polizeil. Nachhaft selbst bedürfen einer Vollstreckung; so im allg. Oppenh. N. 13, bezügl. der PolAuff. Merkel HH. 3 740 N. 6, bezügl. der polizeil. Nachhaft v. Schwarze GS. 24 383.

Dieser Fall liegt übrigens auch dann schon vor, wenn ein bloßer Strafaufschub angestrebt wird; s. das o. N. 14a cit. RG. 9. Juni 87.

19) Gleichmäßig für die Vollstreckung aller Strafen taucht die Frage auf, ob durch Einreichung eines Gnadengesuches seitens eines Dritten alsdann eine Begünstgg. verübt werde, wenn das Gesuch durch wissentlich wahrheitswidrige Angaben begründet wird (vgl. StB. S. 1173 ff., 1176). Diese Frage ist zu verneinen; denn sowenig es ein Recht auf Wahrheit im allgemeinen giebt, sowenig steht den Behörden bzw. den Inhabern des Begnadigungsrechtes, denen ein Gnadengesuch eingereicht wird, ein Recht auf Vortrag wahrheitsmäßiger Angaben zu; die Einreichung eines Gnadengesuches der gedachten Art kann daher als rechtswidrig (N. 15) nicht bezeichnet werden; so die GM.; aM.: v. Liszt S. 617, H. Meyer S. 305. Anders liegt jedoch die Sache, sobald dem Gnadengesuche falsche Urkunden oder eidesstattliche Versicherungen, die auf Grund der Bestimmungen des StGB. strafbar sind, wissentlich beigefügt werden; denn alsdann findet eine gegen das öffentliche Recht verstoßende Beistandleistung statt, die darauf hinausgeht, den Thäter der Bestrafung zu entziehen; aus der Natur des Begnadigungsrechtes läßt das Gegentheil sich nicht ableiten, da auch dieses im weiteren Sinne der Gerechtigkeitspflege dient; selbst das Argument, daß nicht erwiesen werden könne, ob die Begnadigung in Folge jener falschen Atteste 2c. gewährt sei, ist nicht stichhaltig, da die Beistandleistung zur Vereitelung der Bestrafung nicht geführt zu haben braucht (N. 10). So: Geyer HH. 4 174 u. GS. 27 308, Hälschner 2 876 N. 3, Merkel HH. 3 740, 4 427, Schütze S. 163 N. 9, Rüd.-St. N. 9, Villnow Raub S. 83, v. Buri GS. 29 45, Gretener Begünstgg. S. 148, Herzog, Waldthausen, G. 29 138, 396. AM.: Meves StR3.

13 521, Blum N. 6, F. Meyer N. 5, Oppenh. N. 14, v. Schwarze N. 16, A. 4 u. GS. **24** 384; auch John Entwurf S. 262 sowie der Abg. Lasker (StB. aO.), der jedoch diesen Fall von dem vorigen nicht gehörig scheidet.

20) Die gegen die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe sich richtende Begünstgg. insbs. kann namentl. durch Verbergen des Verurtheilten bzw. Fluchtbeförderung bewirkt werden; **RG.** I 8. Dez. 81 R. **3** 778 btr. Beförderung eines strafrechtlich Verurtheilten ins Ausland durch einen Auswanderungsagenten; vgl. auch o. N. 17b. Streitig ist, ob eine Begünstgg. auch durch Gefangenbefreiung, Beihülfe zur Selbstbefreiung bzw. durch Entweichenlassen eines Gefangenen verübt werden könne, d. h. also ob persönl. Begünstgg. in Idealkonk. (§ 73) mit den Verg. aus §§ 120, 121 treten könne. Für die Bejahung fällt entschieden ins Gewicht, daß diese letzteren Verg., die ihrem Wesen nach formelle Widersetzlichkeiten gegen staatliche Maßnahmen sind, nicht nothwendig die vorherige Begehung eines V. o. V. durch den Gefangenen voraussetzen, daß die Strafbestimmungen vielmehr auch dann Platz greifen, wenn nachweisbar ihm eine Strafthat nicht zur Last gelegt werden kann; jene Verg. sind daher im Vergleiche zur Begünstgg. nicht speziellere (vgl. § 73 N. 12); so: **RG.** III 20. Nov. 82 E. **7** 244, Binding **1** 352 N. 8 (Begünstgg. sei Angriff auf das staatl. Strafr., Gefangenbefrg. Angriff auf das staatl. Haftr.), Geyer **2** 154 (vgl. jedoch HH. **2** 423), v. Liszt S. 617, Merkel S. 395, Oppenh. § 120 N. 12, Gretener Begünstgg. S. 150, Waldthausen G. **29** 396, Stenglein ZfStRW. **4** 487; aM.: Hälschner **2** 961, John HH. **3** 150 (auf Grund der unzutreffenden Ansicht, daß für die Begünstgg. kein Raum bleibe, sobald die Organe der Staatsgewalt des Verbrechers sich bemächtigt hätten; s. o. N. 13), H. Meyer S. 851, Puchelt N. 7, Rubo N. 7, v. Schwarze S. 393 A. 1; unklar ist Schütze S. 162, 164 N. 10, 272 N. 42.

Der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe kann auch dadurch entgegen gewirkt werden, daß der Begünstiger statt des Verurtheilten zum Strafantritte sich stellt; so die GM., insbs.: **RG.** I 11. Juni 83 E. **8** 366, München 23. Sept. 73 St. **3** 84. Meist wird alsdann Idealkonk. mit sog. intellektueller Urkfälschg. aus § 271 vorliegen; wegen der Frage, ob auch Idealkonk. mit Betrug vorliegen könne, vgl. § 263 N. 56_3.

21) Die Vereitelung der Vollstreckung einer Geldstrafe insbs. kann namentl. durch Manipulationen mit dem Vermögen des Verurtheilten bewirkt werden, wie z. B. durch Verbergen körperlicher Vermögensgegenstände oder durch Verheimlichen, speziell durch Abschluß von Scheinverträgen. Streitig ist, ob eine Begünstgg. dadurch verübt werden könne, daß ein Anderer die Geldstrafe in Wahrheit aus seinem Vermögen entrichte. Es sind hierbei jedoch drei Fälle zu unterscheiden: Schenkung behufs Bezahlung der Geldstrafe; Erstattung der bezahlten Geldstrafe; Bezahlung für den Verurtheilten ohne Auftrag desselben. In den ersteren beiden Fällen liegt Begünstgg. nicht vor; die Zahlung ist jedes Mal aus dem Vermögen des Verurtheilten erfolgt; die Ausgleichung des materiellen Schadens, sei es durch vorherige Schenkung, sei es durch nachfolgende Erstattung, ist nicht rechtswidrig; so die GM., insbs. Berlin 7. März 78 O. **19** 122; aM.: Lehmann G. **19** 784 ff., Meves StRZ. **13** 518, Villnow Raub S. 83, v. d. Decken ZfStRW. **12** 117, die mit gewissen Modifikationen annehmen, daß auf alle drei Arten Begünstgg. verübt werden könne, ferner für den Fall der Schenkung Gretener Begünstgg. S. 147 u. Raff (s. o. N. 7_2) S. 32 sowie für den Fall späteren Ersatzes Stoos Vermögensstr. S. 11, in gewissem Umfange auch Raff aO. S. 34 ff. In dem dritten Falle wird dagegen Begünstgg. dann verübt, wenn die Zahlung unter Täuschung der Behörde stattfindet, also das Verg. aus § 271 konkurrirt; denn durch eine solche Zahlung eines Dritten kann die Geldstrafe nicht getilgt werden (§ 28 N. 1), die Beistandleistung selbst aber verstößt gegen das Recht; so die GM.; aM.: Herzog, Waldthausen, G. **29** 138, 395, v. Schwarze N. 16 A. 1 u. GS. **24** 383, auch v. Buri GS. **30** 243 f., abgesehen von dem Falle, wenn dem Willen des Verurtheilten zuwider gezahlt sei, weil sonst Schenkung anzunehmen sein würde; allerdings ist zuzugeben, daß es, wenn eine Schenkung stattgefunden hat und somit Begünstgg. ausgeschlossen ist, gleichgültig ist, ob der Schenker im Auftrage des Verurtheilten die Geldstrafe einzahlt; vgl. andererseits Raff aO. S. 21, der den zahlenden Dritten gerade dann für straflos erachtet, wenn die Zahlung gg. den erklärten Willen des Verurtheilten erfolgte.

22) Was den Dolus bei der persönl. Begünstgg. betrifft, so setzt der Natur der Sache nach die vorsätzliche Uebertretung des Verbotes der Vereitelung von Strafansprüchen des Staates (N. 2) die Wissenschaft voraus, daß der Thäter einer strafb. Hdlg. in dem N. 3 erläuterten S. sich schuldig gemacht habe, sowie daß die Strafbarkeit noch nicht erloschen sei; Binding Normen 2 468 N. 680, 565, Geyer GS. 27 310, Gretener Begünstgg. S. 99, 142, Waldthausen G. 29 399 f. Folgeweise ergiebt sich, daß die irrthümliche Annahme eines Strafausschließungsgrundes (vgl. § 59 N. 25d) den Dolus bei der persönl. Begünstgg. beseitigt; so namentl. Binding aO. N. 680; aM. müssen v. Schwarze (vgl. GS. 24 382) u. Herzog in Konsequenz ihrer o. N. 2 angedeuteten Ansicht sein, nach welcher nur die Ueberzeugung von der Unschuld des Betreffenden bzw. die Annahme eines wahren Schuldausschließungsgrundes ins Gewicht fallen kann.

23) Wenn das Gesetz ausdrücklich das Erforderniß aufstellt, daß der Beistand „wissentlich" geleistet sein müsse, so fragt es sich, ob dadurch lediglich diejenige „Wissentlichkeit", welche durch die Vorsätzlichkeit des Verg. an sich bedingt wird (vgl. N. 12), habe bezeichnet oder ob darüber hinaus ein Strafbarkeitsmerkmal habe aufgestellt werden sollen.

Der ersteren Ansicht sind Hälschner 2 879, Meves StRZ. 13 506, Binding Normen 2 566 N. 823, 568 u. Gretener Begünstgg. S. 144, indem sie annehmen, der Begünstiger müsse nur gewußt haben, daß es um eine im Gesetze mit Strafe bedrohte That sich handle; auf die subjektive Auffassung des Begünstigers über das Vorliegen eines V. o. V. komme es nicht an; die Beschränkung hierauf sei im § 257 nur für den Staat, der auf die Bestrafung der geringfügigen Fälle der Begünstigung einer Uebertretung verzichte, nicht aber für den Delinquenten geschehen; so sachlich auch Waag GS. 34 258, wenn er die Streichung des „wissentlich" für unbedenklich erachtet. Dieser Auffassung steht entgegen, daß speziell im Falle des § 257 keine Veranlassung vorlag, durch das Wort „wissentlich" die Vorsätzlichkeit des Verg. zu betonen, da diese ohnehin einem Zweifel nicht begegnen konnte. So ist, mit der GM., zu Gunsten des Beschuldigten anzunehmen, daß die Begehung gerade eines „Verbrechens oder Vergehens" zu einem solchen Strafbarkeitsmerkmal habe erhoben werden sollen, dessen „Wissen" auf Seiten des Thäters nothwendig ist.

Daß, wie dem dolus der dolus eventualis gleichsteht, so auch der „wissentlichen" Beistandleistung ein trotz der vom Begünstiger erwogenen Möglichkeit, daß der Begünstigte „ein V. o. V. begangen habe", gewährter Beistand gleich zu achten sei, wird nicht zweifelhaft sein können (vgl. Dresden 21. Sept. 74 St. 5 93 btr. § 258 sowie u. N. 25_2). Dagegen bestehen innerhalb der GM. Differenzen darüber, wie weit die „Wissenschaft" von dem V. o. V. sich zu erstrecken habe.

24) Was zunächst die Persönlichkeit des begünstigten Thäters oder Theilnehmers betrifft, so läßt die Vereitelung eines staatlichen Strafanspruches recht wohl ohne persönliche Kenntniß des Thäters ꝛc. sich denken; Jemand kann ein Interesse an der Verwischung der Spuren eines Verbr. haben, auch wenn ihm der Thäter nicht bekannt ist; auch ist die Begünstgg. eines Unbekannten auf Bitten ꝛc. eines Dritten möglich; so: Hälschner 2 878, Schütze S. 163 N. 6, Oppenh. N. 9a, Rüd.-St. N. 6, v. Schwarze N. 14, v. Buri GS. 29 29; aM. Merkel HH. 3 741, der Begünstiger müsse wissen, welchem Individuum sein Verhalten zu gut komme.

25) Was die Handlung, das V. o. V. selbst, betrifft, so ist nur erforderlich, daß der Begünstiger den Thatbestand irgend eines V. o. V. als vorliegend annahm; sonst greift § 59 Platz; folgeweise liegt strafb. Begünstgg. nicht vor, wenn der Begünstiger in Folge thatsächlichen Irrthums annahm, der Thäter habe nur eine Uebertr. begangen; eine falsche rechtliche Beurtheilung der Thatsachen, welche den Begünstiger zu der unrichtigen Annahme verleitet, daß nicht ein V. o. V., sondern nur eine Uebertr. begünstigt werde, schützt ihn dagegen nicht vor der Strafe; während also zwar die Kenntniß von der Strafbarkeit der begünstigten Hdlg. im allgemeinen nicht ausreicht, so ist doch andererseits Wissenschaft von der speziellen konkreten Gestaltung der V. o. V. nicht erforderlich. So: RG. I 26. Sept. 81, II 27. Nov. 85, E. 5 23, 13 81, II 15. Okt., IV 29. Okt. 86, R. 8 621, 650 (btr. Begünstgg. bei vorliegender Unterschlgg., während der Begünstiger „Verurtheilung zu 3 Mt.

Bef. wegen Rauferei" annahm, bzw. Begünstgg. bei vorliegendem gewerbsm. Jagdverg. aus § 294, während der Begünstiger nur Thatsachen kannte, welche die Anwendbarkeit der §§ 292, 293 voraussetzen, und zwar ohne, daß er der strafrechtl. Qualifikation dieser Thatsachen sich bewußt war), Dresden 23. Aug. 75 St. **6** 314, Geyer **2** 152, GS. **27** 312 u. HH. **2** 424, **4** 174, v. Liszt S. 617, Merkel HH. **3** 741, **4** 427, H. Meyer S. 307, Schütze S. 163, F. Meyer N. 4, Oppenh. N. 8, Rüd.-St. N. 4, Herzog, Waldthausen, G. **29** 134, 399. Dieser Ansicht steht, abgesehen von den N. 23_2 Genannten, am meisten entgegen Villnow Raub S. 85, welcher den Irrthum des Begünstigers über die Beschaffenheit des begünstigten V. o. V. für erheblich erachtet; anscheinend ebenso Wolfenbüttel 27. Sept. 72 St. **2** 194, der Begünstiger müsse die ganze konkrete Widerrechtlichkeit der Handlung gekannt haben. Weniger weit gehen v. Buri GS. **29** 47 (das Requisit der Wissenschaft des Begünstigers sei nicht wörtlich zu nehmen; es genüge, wenn nur das von dem Begünstiger gemeinte und das von demselben begünstigte V. von der gleichen Gattung seien) sowie v. Schwarze N. 13 u. GS. **24** 380 (ein Irrthum über das V. o. V. selbst schütze den Begünstiger nicht, wohl aber ein Irrthum dahin, daß der Thäter nur eine Uebertr. begangen habe).

Im übrigen wird die Wissenschaft von der „Handlung" nicht ohne weiteres durch die Kenntniß von der rechtskräftigen Verurtheilung zu Strafe ersetzt, wenn auch aus dieser Kenntniß häufig auf die erforderliche Willensrichtung des Begünstigers, namentl. das Vorhandensein eines eventuellen Dolus, wird geschlossen werden können (N. 23_3); RG. I 8. Dez. 81, IV 17. Okt. 84, R. **3** 778, **6** 633, Geyer **2** 152.

26) Verschiedene Akte, welche als persönl. Beistandleistung desselben Thäters oder Theilnehmers wegen desselben V. o. V. sich darstellen, begründen nur ein Verg. der Begünstgg., weil alle einzelnen Akte durch die Strafthat, auf welche die Begünstgg. sich bezieht, zu einer kriminalistischen Einheit werden (§ 73 N. 5b); so die GM., insbs. Dresden 28. Jan. 76 St. **6** 315 (btr. sachl. Begünstgg.).

27) Was das Verhältniß der Begünstgg. zur begünstigten Handlung betrifft, so fragt es sich, ob ein an der Hauptthat selbst Betheiligter demnächst (oder unter Umständen selbst gleichzeitig oder vorher; s. o. N. 5_2) auch der Begünstgg. dieser Strafthat bezüglich anderer Theilnehmer (N. 8) bzw. der Theilnahme an der Begünstgg. durch Anstiftung oder Beihülfe zu derselben sich schuldig machen könne, sowie bejahenden Falls, ob alsdann Ideal- oder Realkonk. vorliege. Die erstere Frage ist mit Rücksicht auf die selbständige Natur des Verg. der persönl. Begünstgg. zu bejahen, namentl. wenn der an der Hauptthat Betheiligte garnicht daran dachte, daß die Begünstigungshdlg. auch ihm selbst zum Vortheil gereichen werde (RG. II 28. Feb. 91 E. **21** 375); dieselbe ist keinerlei Form der Theilnahme an der Hauptthat und steht zu dieser nur in der Relation, daß ohne vorherige Begehung einer strafb. Hdlg. die Vereitelung eines staatlichen Strafanspruchs nicht denkbar ist (N. 2, 7). Die letztere Frage kann unbedingt weder bejaht noch verneint werden, vielmehr ist je nach Umständen entweder eine und dieselbe — fortgesetzte (§ 73 N. 6 f.) — Hdlg. oder das Zusammentreffen mehrerer selbständiger Hdlgen (§ 74) anzunehmen; in concreto ist entscheidend, ob durch den Dolus des sowohl an der Hauptthat als auch an der Begünstgg. schuldhaft Betheiligten der für den Begriff des fortgesetzten Verbr. nothwendige innere Zusammenhang hergestellt wird.

In der Theorie bezüglich der ersteren Frage so: Oppenh. N. 2, 3, O. St. **1** 81 ff., v. Buri GS. **29** 60, Waldthausen G. **29** 393 und, abgesehen von der Frage, ob der Thäter der Theilnahme an der Begünstgg. seines eigenen Delikts sich schuldig machen könne, Geyer **2** 153, HH. **4** 172 u. ZfStRW. 2 318 und H. Meyer S. 308; von diesen erklären sich jedoch O. sowie Waldthausen u. Geyer für Annahme einer Realkonk., während Oppenh. der oben vertretenen Ansicht beipflichtet. AM. sind dagegen unter Verneinung der ersteren prinzipiellen Frage: Hälschner **2** 882, v. Liszt S. 617, Merkel HH. **4** 425, Schütze S. 161 N. 2, F. Meyer N. 12, Rüd.-St. N. 18, v. Schwarze N. 26 u. GS. **24** 377, Villnow Raub S. 68 f., Herzog GS. **29** 184, **34** 83, Kohler Studien **1** 118, 156, ferner bezüglich der Frage, ob der Thäter der Theilnahme an der Begünstgg. seines eigenen Deliktes sich schuldig machen könne, Geyer u. Meyer aO. sowie: Binding **1** 361 (sei die Strafe der Anstiftung der Strafe der

Thäterschaft subsidiär, so könne sie da nicht eintreten, wo die Thäterschaft — wie die Selbstbegünstgg. — generell straflos sei), v. Kries ZfStRW. 7 523, 538, Kohler aO. S. 119. Eine Mittelmeinung für den Fall der Begünstgg. eines an der Hauptthat Betheiligten durch einen anderen Betheiligten vertritt Meves StRZ. 13 497 dahin, daß, je nachdem im Einzelfalle nach der Qualität der begünstigenden Thätigkeit der Begünstiger auch seine eigene Theilnahme an der That im Auge habe oder nicht, seine Handlung nicht unter § 257 falle oder darunter falle; ähnlich Gretener Begünstgg. S. 161, der jede thatsächliche Begünstgg. des Theilnehmers durch den Theilnehmer nach den Regeln der Realkonk. strafen will, sofern sie nicht in concreto zugleich eine Selbstbegünstgg. des begünstigenden Theilnehmers enthalte.

28) Die Stellung der Praxis zu den Einzelfragen ist folgende:

Bejaht wird die Möglichkeit, daß der begünstigte Thäter o. Theilnehmer Anstifter o. Gehülfe zu der ihm gewährten Begünstgg. sein könne, von: RG. I. 7. Apr. 81, 11. Juni 83, E. 4 60, 8 366, Berlin 14. Nov. 77 St. 8 216; desgleichen die Möglichkeit der Anstiftung bzw. Beihülfe zur Hauptthat und darauf folgender Begünstgg. derselben von Berlin 27. Sept. 76 (2 Entsch.) St. 6 298, 316. Zutreffend nehmen auch die citt. Berlin an, daß je nach Umständen ideale oder reale Konkurrenz vorliege.

Auf der anderen Seite stehen dagegen: Dresden 29. Jan. 72 (Anstiftg. zur Hauptthat schließe demnächstige Begünstgg. derselben aus), München 23. Sept. 73 (Anstiftg. zur Begünstgg. der eigenen That sei nicht strafbar), Stuttgart 4. Sept. 74 (wie Dresden), Mannheim 23. Feb. 77 (Theilnahme an der Hauptthat schließe sowohl Ideal- wie Realkonk. mit Begünstgg. derselben aus), St. 1 327, 3 84, 4 182, 5 366, 7 141.

Sachliche (oder unechte) Begünstigung. N. 29—37.

29) Erfolgt die Beistandleistung, „um dem Thäter oder Theilnehmer die Vortheile des Verbrechens oder Vergehens zu sichern", d. h. zum Zwecke der Ausnutzung der Strafthat (vgl. die o. N. 12 citt. RG. 15. Mai 82, 10. Mai 92) — freilich nur durch Erschwerung der Wiedererlangung der Vortheile seitens der Person, dem sie entzogen wurden, nicht auch durch andere Fruktifizirung, wie z. B. Heilung des gestohlenen kranken Pferdes (Kohler Studien 1 159 f.) — so liegt die sachliche oder von Binding Normen 2 570 sogenannte unechte Begünstgg. vor. Die Berechtigung zur prinzipiellen Unterscheidung zweier Arten der Begünstgg. wird zwar von der überwiegenden Meinung bestritten; sie ist aber, wie die weitere Entwickelung des Begriffs der „sachlichen" Begünstigung im Gegensatze zu demjenigen der „persönlichen" Begünstgg. (N. 2—28) zeigen wird, innerlich begründet.

30) Während die persönl. Begünstgg. bei jedem V. o. V. denkbar ist (N. 4), ist die sachl. Begünstgg. ihrer Natur nach nicht nur bei allen denjenigen V. u. V. ausgeschlossen, die keiner Verstärkung oder Befestigung fähig sind (wie z. B. Mord), sondern namentl. auch bei solchen, bei welchen die „Sicherung der Vortheile" des V. o. V. ohne Theilnahme an demselben nicht denkbar ist, wie insbs. bei den V. gegen Ehre, Freiheit, Gesundheit, Sittlichkeit; Merkel HH. 4 423, v. Buri GS. 29 25, Gretener Begünstgg. S. 104. Hiernach bleiben nur diejenigen V. o. V. übrig, durch welche direkt oder indirekt eine widerrechtliche Vermögenslage geschaffen wird; so Hälschner 2 866; aM.: H. Meyer S. 303, Simonson Vortheil S. 14.

31) Berücksichtigt man dieses, so kommt man zu dem ferneren Resultate, daß der Ausdruck „Vortheil", der an sich (vgl. auch „Vortheile irgend welcher Art" § 49a N. 15) gegenüber dem engeren Begriffe „Vermögensvortheil" (§ 263 N. 43) jeden materiellen Nutzen, sei es „Gewinn" (§ 133 N. 8), sei es „Schadensabwendung", bezeichnet, in der oben hervorgehobenen Wendung dennoch thatsächlich mit Vermögensvortheil zu identifiziren sei; beispielsweise würde im Falle einer aus § 236 strafb. Entführung die Gewaltherrschaft über die Entführte bzw. die Unzucht mit derselben zwar als ein „Vortheil" anzusehen sein; allein bei der Natur der Entführung als Dauerdelikt (§ 236 N. 11) würde jede Beistandleistung eines Dritten zur „Sicherung" jenes Vortheils Beihülfe zur Entführung, nicht aber Begünstgg. sein. So: Celle OLG. 9. Aug. 90 G. 39 170, Geyer 2 153, Hälschner 2 879, v. Liszt S. 618, Merkel HH. 3 742, v. Buri GS. 29 47, Binding Normen 2 571 N. 832, Gretener Begünstgg. S. 105, Waldthausen G. 29 398. AM.: H. Meyer S. 303, Oppenh.

N. 15, v. Schwarze N. 19, Meves StRZ. 13 501, Villnow Raub S. 89, Simonson aO. S. 13 ff., welche den Unterschied vom „Vermögensvortheil" ausdrücklich hervorheben, ferner sachlich ebenso Puchelt N. 8 u. Rubo N. 9.

Wenn die „Sicherung der Vortheile des V. o. V." in Wahrheit nur als Sicherung von Vermögensvortheilen zu verstehen ist, so ergiebt sich, daß die sachl. Begünstigg. virtuell ein Vermögensdelikt ist, das gegen das Verbot der Befestigung der durch das vorangegangene V. o. V. erlangten widerrechtlichen Bereicherung des Thäters o. Theilnehmers verstößt; cit. Celle 9. Aug. 90 (btr. Fahnenflucht), Binding Normen 2 468 N. 680, 570. Diese Art der Begünstigg. hat sonach mit der persönl. (N. 2) nicht den geringsten inneren Zusammenhang; überwiegend (N. 29) wird freilich angenommen, daß das Wesen der Begünstigg. ein einheitliches sei; so charakterisirt z. B. Herzog G. 29 114 f. dieselbe als ein strafb. Verhalten, durch das die Wiederausgleichung eines begangenen V. o. V. in der durch die Rechtsordnung für diesen Fall vorgezeichneten Weise geflissentlich vereitelt oder erschwert werde, ferner: v. Liszt 616 (Hemmung der staatlichen Rechtspflege), Hälschner 2 866 f. (Gegenwirkung gg. die rechtlichen Wirkungen einer strafb. Hdlg. und rechtswidrige Behinderung der ordnungsmäßigen Handhabung der Rechtspflege).

32) Ist die sachl. Begünstigg. nur ein Vermögensdelikt, so kann es darauf, ob das V. o. V., auf welches dieselbe sich bezieht, strafbar sei, nicht ankommen; die durch die Hauptthat erlangten Vermögensvortheile bleiben widerrechtlich, auch wenn der Thäter oder Theilnehmer wegen eines Strafausschließungsgrundes i. e. S. nicht strafbar sein sollte; bestätigt wird diese Auffassung durch die §§ 247_3, 289_4, wonach strafbare — sachliche — Begünstigg. trotz Straflosigkeit des Begünstigten vorliegen kann; die Worte „V. o. V." haben daher in Beziehung auf die sachl. Begünstigg. eine wesentlich andere Bedeutung als bezüglich der persönl. Begünstigg. (N. 4_1); sie bezeichnen lediglich ein Delikt, welches, wenn es strafbar, als V. o. V. zu bestrafen ist; Schuldausschließungsgründe dürfen deshalb nicht vorliegen und muß namentl. bei dem begünstigten Thäter oder Theilnehmer Deliktsfähigkeit und Dolus vorhanden gewesen sein; so: Binding Normen 2 570, Herzog GS. 24 461 u. G. 29 121, 136, Meves StRZ. 13 515, Gretener Begünstigg. S. 171, H. Meyer S. 306 (in mißverständlicher Auffassung der diesseitigen Ansicht), Schütze S. 164 N. 12, Oppenh. N. 18, v. Schwarze N. 24; aM.: Hälschner 2 873, 880, v. Liszt S. 616, Merkel HH. 4 426, v. Buri GS. 29 35, Waldthausen G. 29 391, welche auch hier Strafbarkeit des Thäters in concreto verlangen.

33) „Nach Begehung eines V. o. V." ist hier nicht, wie bei der persönl. Begünstigg. (N. 5), gleichbedeutend mit „nach der juristischen Vollendung eines V. o. V."

V. u. V., welche bereits juristisch vollendet sind, können, wie z. B. ein Diebst., durch eine und dieselbe Hdlg. fortgesetzt werden, sei es, um die Thätigkeit auf andere Gegenstände auszudehnen, sei es, um die beabsichtigte, aber durch die vollendete Wegnahme noch nicht unbedingt erreichte (§ 242 N. 24), Zueignung zu sichern; so lange ein V. u. V. in solcher Weise faktisch sich abspielt, liegt in einer „Beistandleistung zur Sicherung der Vortheile" nicht eine Begünstigg., sondern eine Beihülfe zum V. u. V. (§ 49 N. 4); so: Geyer HH. 2 421, Gretener Begünstigg. S. 105; aM.: H. Meyer S. 305, v. Schwarze GS. 24 375, Rethwisch Begünstigg. S. 46.

Eigenthümlich liegt der Fall, wenn die Hdlg. des Thäters ihren äußeren Abschluß gefunden hat, und nur noch der beabsichtigte Erfolg aussteht, sei es, daß derselbe zum Thatbestande des V. o. V. gehört oder nicht. Führt die in der Zwischenzeit entwickelte Thätigkeit eines Dritten auf den Eintritt oder die Beschleunigung des Erfolges hin, so ist mit der GM. zweifellos Theilnahme (Mitthäterschaft o. Beihülfe), nicht aber Begünstigg. anzunehmen. Läßt sich aber von einer solchen Thätigkeit eine nur auf Sicherung des erwarteten Erfolges gerichtete Beistandleistung in Wahrheit unterscheiden, so wird diese auch nur als Begünstigg. angesehen werden dürfen; so: Geyer HH. 2 421, F. Meyer N. 2, v. Schwarze GS. 24 376, Villnow Raub S. 92, während Rüd.-St. N. 5 sowie anscheinend Meves StRZ. 13 486, Gretener Begünstigg. S. 105 u. Waldthausen G. 29 393 jede solche Thätigkeit als Theilnahme anzusehen geneigt sind.

Die sachliche Begünstg. ist übrigens recht wohl auch nach Verbüßung der Strafe bzw. nach eingetretener Verjährung oder Begnadigung möglich; v. Schwarze, v. Buri, GS. **24** 386, **29** 23, Simonson Vortheil S. 11 f.

34) Bezüglich der äußeren Hdlg. der sachl. Begünstgg., der „Beistandleistung, um dem Thäter oder Theilnehmer die Vortheile des V. o. V. zu sichern", gelten entsprechend die obigen Ausführungen in N. 7 auch hier.

In Einzelfällen der Praxis wurde angenommen sachl. Begünstgg.:

einer Unterschl. (§ 246) durch Aufbewahrung des unterschlagenen Geldes; eines Jagdverg. (§ 292) durch Wegschaffung des von einem Anderen auf einem Felde des Begünstigers erlegten, demnächst für gemeinschaftliche Rechnung verkauften Rehes in die Wohnung des Begünstigers; einer Defraude durch unwahre Angabe gegenüber dem zuständigen Beamten hinsichtl. des Erwerbes der durch Schmuggel vitiös erworbenen Kuh; einer Zuwiderhdlg. gg. ein Vieheinfuhrverbot durch die — vor der That erfolgte (Abs. 3) — Zusage des Ankaufs von geschmuggeltem Vieh; RG. III 29. Nov. 79, II 10. Mai 81, E. **1** 110, **4** 158, IV 9. Juni 85, I 23. Sept. 86, R. **7** 364, **8** 551;

eines Diebst. (§ 242) durch Ableugnen des Besitzes der zunächst bona fide in Verwahrung genommenen Sachen bzw. durch Fortschaffung derselben; Dresden 28. Juli 73 St. **3** 120.

Dagegen wurde Begünstgg. verneint und Beihülfe angenommen in einem Fall btr. § 137 von RG. II 18. Jan. 81 E. **3** 255. Vgl. auch das o. N. 17a cit. RG. 10. Nov. 82.

35) Der Dolus besteht bei der sachl. Begünstgg. in dem bewußten Willen — der Absicht —, dem Thäter oder Theilnehmer die durch das vorher begangene Delikt gewonnenen widerrechtlichen Vermögensvortheile zu sichern; so: Binding Normen 2 571, Gretener Begünstgg. S. 178, Simonson Vortheil S. 25. Deshalb liegt der Dolus bereits vor bei Kenntniß der rechtswidrigen Art des Erwerbes der Vortheile; Binding aO. S. 468 N. 680; aM. diejenigen, welche auch zum Thatbestande der sachl. Begünstgg. Strafbarkeit des Thäters verlangen (s. o. N. 32 aE.). Mit jener Absicht kann übrigens noch eine andere Absicht sich verbinden; s. u. N. 40.

Aber auch bei der sachl. Begünstgg. erfordert § 257 von dem Thäter das „Wissen" des Strafbarkeitsmerkmals, daß ein V. o. V. verübt worden sei; es gelten deshalb die Ausführungen o. N. 23—25 auch hier.

36) Ueber die im Hinblick auf die sachl. Begünstgg. nicht besonders erörterten Fragen sind die btr. Ausführungen bei der persönl. Begünstgg., namentl. N. 6, 8—11, 12₁, 26, zu vergleichen.

37) Eine alternative Feststellung dahin, daß der Beistand geleistet sei entweder in der Absicht der persönl. oder in derjenigen der sachl. Begünstgg., ist nach den vorhergehenden Ausführungen unzulässig, da es nicht um bloße Modalitäten desselben Thatbestandes (§ 47 N. 29), sondern um zwei wesentlich verschiedene Thatbestände sich handelt; vgl. jedoch RG. I 26. Sept. 81 E. **5** 23, das an einer alternativen Feststellung keinen Anstoß nimmt.

Thatbestand der qualifizirten Begünstigung. N. 38—40.

38) Einen i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 straferhöh. Umst. der einfachen Begünstgg. (N. 2—37) bildet es, wenn der Begünstiger den Beistand „seines Vortheils wegen" leistet, d. h. also wenn der eigene Vortheil des Begünstigers den Beweggrund für seine Beistandleistung abgab; vgl. Dresden 16. Juni 71 St. **1** 122 (btr. § 259); hiernach genügt das bloße Bewußtsein von der Möglichkeit dieses Erfolges nicht; Simonson Vortheil S. 25. Dabei muß der Vortheil eben durch die Begünstgg. gesucht werden, mit dieser selbst also in einem Zusammenhange stehen, was nicht der Fall ist, wenn die Hauptthat an sich zum Vortheil des Begünstigers gereicht (vgl. § 259 N. 20); so v. Schwarze N. 20a u. GS. **24** 387; aM. Oppenh. N. 21.

Ob der Vortheil wirklich erlangt wurde, ist gleichgültig; dsgl. ob andere Rücksichten, wie z. B. Mitleid, bestimmend mitwirkten; RG. II 12. Apr. 81 E. **4** 83 (btr. § 259).

39) Wegen des Begriffes „Vortheil" ist oben N. 31 zu vergleichen; es liegt aber kein Grund vor, dieses Wort hier, gleichwie in der Wendung „Vortheile des V. o. V.", in dem beschränkten S. von „Vermögensvortheil" zu verstehen; so wird beispielsweise die Be-

günstgg. einer Diebin gegen Gewährung des Beischlafes als qualifizirte Begünstgg. anzusehen sein (im übrigen vgl. wegen praktischer Fälle § 259 N. 19); so: Geyer 2 153, Hälschner 2 881, H. Meyer S. 308, Schütze S. 164, 460, F. Meyer N. 7, Oppenh. N. 21, Rüd.-St. N. 14, v. Schwarze N. 20; aM.: Merkel HH. **3** 742, v. Liszt S. 618 (392), v. Buri GS. **29** 47, Gretener Begünstgg. S. 179, Waldthausen G. **29** 401.

Daß der gesuchte Vortheil ein rechtswidriger (§ 263 N. 45 f.) sei, ist nicht erforderlich; **RG.** IV 21. Sept. 88 R. **10** 512 (btr. § 258), Binding Normen 2 571, 576, Meves StRZ. **13** 501, Oppenh., Gretener aO., Simonson Vortheil S. 19.

40) Der straferhöh. Umst. kann bei beiden Arten der Begünstgg. vorliegen (Binding Normen 2 571); denn der bezweckte eigene Vortheil schließt weder aus, daß der Beistand geleistet sei, um den Thäter der Bestrafung zu entziehen (**RG.** I 8. Dez. 81 R. **3** 778), noch um diesem „die Vortheile des V." zu sichern (**RG.** II 18. Jan., 10. Mai 81, E. **3** 255, **4** 158).

Die Qualifikation ist an sich auch bei der Begünstgg. eines jeden V. o. V. denkbar, jedoch kommt der speziellere Thatbestand des § 258 in Betracht derartig, daß die Begünstgg. der dort bezeichneten V. u. V. ausscheidet.

Zu § 257 Absatz 2. N. 41—43.

41) Der Abs. 2 enthält für den Fall der persönl. Begünstgg., d. h. wenn die Begünstgg. dem Thäter o. Theilnehmer gewährt wird, „um ihn der Bestrafung zu entziehen", einen subjektiven strafausschl. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 266 (nicht einen strafaufheb. Umst. i. S. des § 295_2 das.); **RG.** I 29. Apr. 86 E. **14** 102, v. Liszt S. 618. Wenn F. Meyer N. 10 bestreitet, daß Abs. 2 einen Strafausschließungsgrund enthalte, weil behufs Bestrafung des Begünstigers eines Angehörigen festgestellt werden müsse, daß er letzterem die Vortheile des V. habe sichern wollen, so ist diese Behauptung zwar richtig; es wird aber verkannt, daß Abs. 2 überhaupt nur auf die persönl. Begünstgg. sich bezieht und daß der Strafausschließungsgrund eben darin besteht, daß jene Art der Begünstgg. dem Thäter oder Theilnehmer „von einem Angehörigen" (§ 52_2) gewährt wurde.

Auch die Theilnahme (insbs. Anstiftung) an der von einem Dritten einem Angehörigen des Theilnehmers gewährten Begünstgg. ist straflos; so v. Kries ZfStRW. **7** 539 und das cit. **RG.** 29. Apr. 86; vgl. jedoch wegen der Begründung dieses Satzes § 50 N. 2a.

42) Der Strafausschließungsgrund greift ebenso bei der einfachen wie bei der qualifizirten Begünstgg. Platz; dies folgt sowohl aus der Stelle, welche die Bestimmung gefunden, als auch aus dem unbeschränkten Inhalte des Abs. 2. So die GM., insbs. **RG.** III 21. Dez. 81 E. **5** 277. AM. Villnow Raub S. 91 f., weil durch die im RT. beschlossene Einschaltung des Satzes „und, wenn er diesen Beistand seines Vortheils wegen leistet &c." im Abs. 1 ein Redaktionsfehler herbeigeführt sei, dem bezüglich des Abs. 2 keine Folge gegeben werden dürfe; ähnlich Hälschner 2 883.

43) Der Strafausschließungsgrund darf auf Verhältnisse, für welche er nicht gegeben ist, nicht angewendet werden.

Deshalb liegt strafb. Begünstgg. vor, wenn der Begünstiger nebst Angehörigen gleichzeitig andere Betheiligte der Bestrafung zu entziehen sucht, es sei denn, daß es um eine vom Begünstiger garnicht beabsichtigte nothwendige Folge der Begünstgg. des Angehörigen sich handelt.

Ebenso ist die Beistandleistung strafbar, wenn neben der Absicht, den Angehörigen der Bestrafung zu entziehen, gleichzeitig die Absicht der Vortheilssicherung obwaltete; so: München 10. März 76 BayerE. **6** 86, Schütze S. 164 N. 13, Oppenh. N. 25, v. Schwarze N. 29 u. GS. **24** 390, Villnow Raub S. 88, v. Buri GS. **29** 47, Gretener Begünstgg. S. 169, Waldthausen G. **29** 402, Simonson Vortheil S. 27; aM. Merkel HH. **3** 741 N. 14.

Die aufgestellten Sätze (Abs. 2, 3) gelten auch dann, wenn die persönl. Begünstgg. des fremden Thäters nur in der Absicht geschah, einen Angehörigen der Bestrafung zu entziehen (so: H. Meyer S. 309, Oppenh. N. 26; aM.: Hälschner 2 884, v. Schwarze N. 28 u. GS. aO.), oder wenn die sachl. Begünstgg. eines Angehörigen nur zum Zwecke der persönl. Begünstgg. desselben geschah (so: Binding Normen 2 570, H. Meyer aO.; aM.: cit. München, Hälschner aO., Oppenh. N. 25).

Zu § 257 Absatz 3. N. 44—48.

44) Nach § 38 des PrStGB., dem Entw. I § 44 sich anschloß, wurde der Begünstiger gleich dem Gehülfen bestraft, „wenn die Begünstigung in Folge einer vor der That genommenen Abrede gewährt worden war". Der Entw. II wiederholte diese Vorschrift nicht, nahm aber in den Abs. 1 des § 252 die Worte „ohne vorherige Abrede" auf und zwar nach den Motiven „in der Annahme, daß die Bestrafung eines solchen" (vorher zugesagten) „Beistandes als eines Theilnehmers (sic!) sich aus den allgemeinen Bestimmungen über Theilnahme ergebe und es füglich der Beurtheilung des einzelnen Falles überlassen bleiben müsse, ob überhaupt nur Hülfeleistung und nicht vielmehr Anstiftung anzunehmen sei". Das RStGB. selbst folgt jedoch wiederum dem PrStGB. und ist dem § 257, auf Antrag der RTkommission, die ausdrückliche Vorschrift des Abs. 3 hinzugefügt.

45) Die Voraussetzung des Abs. 3 ist, daß die Begünstgg. „vor Begehung der That zugesagt worden" sei. Entscheidend ist dabei, wenn es um einen dem Thäter zu leistenden Beistand sich handelt, lediglich die Hauptthat selbst; findet dabei Mitthäterschaft in der Weise statt, daß die verschiedenen Mitthäter erst successive thätig werden, so entscheidet, wenn die Begünstgg. einem einzelnen Mitthäter speziell zugesagt wurde, der Beginn seiner Thätigkeit. Handelt es sich um die Begünstgg. eines Anstifters oder Gehülfen, so muß die Zusage vor Beginn derjenigen Handlung erfolgt sein, welche als Anstiftungs- bzw. Beihülfehandlung sich charakterisirt, mag auch mit Ausführung der Hauptthat selbst noch nicht vorgegangen sein; Geyer HH. 4 172 N. 1, Herzog StRZ. 11 273.

46) Die Vorschrift des Abs. 3 beruht auf dem Gedanken, daß dem Thäter oder Theilnehmer, welchem vor Begehung der That Begünstgg. zugesagt worden, dadurch eine „Beihülfe der That" zu Theil werde (vgl. jedoch N. 44, 47c); von dieser „Beihülfe" (§ 49 N. 11_3) verschieden ist die demnächst nach der That erfolgende Beistandleistung; die hierin liegende „Begünstigung" tritt mit jener „Beihülfe" in ideale oder reale Konkurrenz (N. 27). Dieser Sachlage gegenüber bezweckt die Vorschrift des Abs. 3, daß die vor Begehung der That zugesagte Begünstgg. „als Gehülfe zu bestrafen" sei, die Grundsätze über Bestrafung im Falle einer Ideal- oder Realkonk. auszuschließen und lediglich Bestrafung wegen Beihülfe eintreten zu lassen; so im wesentlichen: Stuttgart 4. Sept. 74 St. 4 182, Geyer HH. 2 422, 4 173, Hälschner 2 884, Merkel S. 155, H. Meyer S. 308, Schütze S. 162, v. Schwarze N. 32, Gretener Begünstgg. S. 162 ff. Im Falle einer Realkonk. fällt somit die Bestrafung wegen „Begünstigung" weg, im Falle einer Idealkonk. würde auch ohne jene positive Vorschrift die Bestrafung der Hdlg. meist wegen Beihülfe erfolgen müssen (§ 73), bei denjenigen Verg. jedoch, welche mit Geldstr. bis zu 600 M. oder Gefängniß bis zu einem Jahre bedroht sind, kann jene Vorschrift im konkreten Falle zu einer (vom Gesetzgeber nicht beabsichtigten) Milderung führen, indem die Beihülfe nach § 44 „milder" zu bestrafen ist.

Sollte eine vorher in Aussicht gestellte Begünstgg. auf die That keinen Einfluß geübt haben, weil der Thäter das Anerbieten zurückwies (vgl. § 49 N. 7), so fehlt es an der eine Acceptation voraussetzenden „Zusage" der Begünstgg. und kann deshalb eine Bestrafung wegen Beihülfe nicht erfolgen (Hälschner 2 884); sollte aber trotzdem nach der That eine Begünstgg. stattfinden, so tritt dann Strafe ein; Villnow Raub S. 57.

47) Ist die vor Begehung der That zugesagte Begünstgg. „als Beihülfe" zu bestrafen, so finden auf dieselbe auch alle Grundsätze über die Strafe der Beihülfe Anwendung, insbs. gilt deshalb Folgendes:

a) Eine Bestrafung wegen vorher zugesagter Begünstgg. eines für die Rückfallsstrafe relevanten V. o. V. genügt zur Begründung der Rückfallsstrafe (§ 244 N. 9).

b) Ist die begünstigte Hdlg. selbst nur auf Antrag verfolgbar, so auch die vorher zugesagte Begünstgg. (§ 61 N. 9; vgl. auch §§ 63, 247_3); so Dochow HH. 4 276 N. 3; aM. Binding 1 637 N. 4 (es normire § 257_3 nur das Strafmaß).

c) Ist in der vorher zugesagten Begünstgg. zugleich eine Anstiftung zu finden (N. 44), so findet Idealkonk. statt, so gut wie mit Beihülfe (§ 73 N. 18b); es muß alsdann die härtere Bestrafung wegen Anstiftung Platz greifen, weshalb der von Schütze S. 162 N. 5 u. G. 20 363 nachgewiesene Redaktionsfehler („Beihülfe" statt „Theilnahme")

ohne praktische Folgen ist; so die GM., insbs.: **RG.** III 10. Jan., 3. Nov. 87, **E. 15** 295, **16** 374, Stuttgart 4. Sept. 74 St. **4** 182; aM. H. Meyer S. 308 N. 37, es könne nur Bestrafung wegen Beihülfe eintreten. Die weitere Frage, ob neben der Anstiftung auch noch die nachfolgende Begünstigg. bestraft werden könne, ist zu verneinen, da dieses durch die Vorschrift des Abs. 3 ausgeschlossen ist; dieselbe äußert insofern ihre Wirkung, auch wenn in concreto die Strafe wegen Anstiftung und nicht wegen Begünstigg. zu verhängen ist; so das cit. Stuttgart; aM. Oppenh. N. 29, auch wohl Hälschner **2** 885.

Wie aber verschiedene Beihülfehdlgen in juristischer Beziehung als eine Einheit erscheinen (§ 73 N. 4b, 20), so auch Beihülfe und vor der That zugesagte Begünstigung; die Grundsätze über Verbrechenskonk. finden deshalb keine Anwendung; so Stuttgart 28. Dez. 76 St. **7** 6; aM. O. St. **1** 84.

d) Die Verjährung der Strafverfolgung und die Zuständigkeit richtet sich bei der vorher zugesagten Begünstigg. nach der begünstigten strafb. Hdlg., wie bei der Beihülfe nach der Hauptthat.

e) Bei Begünstigg. militärischer V. o. V. (N. 4) findet die Bemerkung in N. 26 zu § 49 i. V. mit N. 32b zu § 48 entsprechende Anwendung; vgl. **RG.** II 1. Apr. 87 **E. 15** 396.

48) Die vor Begehung der That zugesagte Begünstigg. ist auch gegen Angehörige strafbar, selbst wenn sie dem Thäter oder Theilnehmer nur deshalb gewährt wurde, um ihn der Bestrafung zu entziehen (N. 41).

Strafantrag; Straflosigkeit; Verhältniß zu anderen §§.; Strafe; Verjährung; Zuständigkeit. N. 49—58.

49) Ob und inwieweit die Begünstigg. ein Antragsdelikt sei, ist bestritten (§ 61 N. 7). Berücksichtigt man, daß nach der Methode des StGB. bei jeder strafb. Hdlg., die nur auf Antrag verfolgbar ist, solches an der betreffenden Stelle ausdrücklich hervorgehoben ist, so wird man, Mangels einer solchen Vorschrift bei der Begünstigg., von vornherein dahin geführt, daß diese ein Antragsdelikt im gewöhnlichen S. nicht sei; wenn trotzdem die Fassung der §§ 63, 247_3 darauf hinzudeuten scheint, daß die Verfolgung der Begünstigg. unter Umständen von einem Strafantrage abhängig sei, so kann das nur Veranlassung zu der Untersuchung geben, ob der Umstand, daß die Begünstigg. die „Begehung eines V. o. V." zur Voraussetzung hat, dahin seine Wirkung äußere, daß die Verfolgung der Begünstigg. eines Antragsdeliktes von dem Antrage auf Bestrafung dieses letzteren abhängig sei, oder ob jene Bestimmungen des StGB. die Begünstigg. in gewissem Umfange zu einem Antragsdelikte stempeln. Bei dieser Untersuchung müssen die beiden Arten der Begünstigg., die persönliche und die sachliche, auseinandergehalten werden.

50) Die persönliche Begünstigg. ist nicht strafbar, wenn nicht ein staatlicher Strafanspruch zur Entstehung kommt; deshalb kann die auf ein Antragsdelikt bezügliche persönl. Begünstigg. nicht verfolgt werden, wenn die Antragsfrist versäumt oder der gestellte Antrag zurückgenommen wurde; ist aber das begünstigte Delikt auf gestellten Antrag verfolgbar, so ist auch die Begünstigg. zu verfolgen und zwar nicht nur, wenn die Beistandleistung nach der Stellung des Strafantrages, sondern auch, wenn sie schon vorher erfolgt war (vgl. N. 3).

Die sachliche Begünstigg. dagegen setzt ein strafb. V. o. V. nicht voraus; deshalb kann eine auf ein Antragsdelikt bezügliche Begünstigg. dieser Art auch dann verfolgt werden, wenn ein Strafantrag wegen der Hauptthat überhaupt nicht gestellt wird (N. 32).

Die vor der That zugesagte Begünstigg. eines Antragsdeliktes ist selbst ein wahres Antragsverg. (N. 47b).

51) Hält man mit den aus der Natur der Begünstigg. sich ergebenden Sätzen (N. 50) die positiven Bestimmungen der §§ 63, $247_{1,3}$ zusammen, soweit dieselben auf den „Begünstiger" sich beziehen, so ergiebt sich Folgendes:

a) Nach § 247_3 müssen die daselbst Abs. 1 gegebenen Vorschriften über relative Antragsberechtigung in gewissem Maße auf die Begünstigg. eines Diebst. oder einer Unterschl. Anwendung finden; es kann sich dabei jedoch nicht um die aus § 257_1 strafb. Begünstigg. handeln, denn diese ist durch eine für erforderlich zu erachtende ausdrückliche Bestimmung als solche zu einem Antragsverg. nicht erhoben, die persönl. Begünstigg. aber eines Antragsdeliktes setzt

zu ihrer Bestrafung einen gültigen Strafantrag bezüglich der begünstigten Strafthat voraus, die sachl. Begünstgg. eines solchen Deliktes ist dagegen auch ohne Antrag auf Bestrafung der begünstigten Hdlg. verfolgbar. Die Vorschrift des § 247_3 zwingt aber auch keineswegs zu einer diesen Sätzen widersprechenden Auslegung, denn die vor Begehung eines Antragsdeliktes zugesagte Begünstgg. ist wahres Antragsdelikt; wird dieselbe auch „als Beihülfe" bestraft, so ist doch derjenige, der in Folge einer solchen Zusage demnächst den Beistand leistet, immerhin „Begünstiger"; lediglich einen Begünstiger dieser Art hat § 247_3 im Auge.

b) Gleiches gilt aber auch vom § 63; auch die dort gegebene Vorschrift geht nicht von der Voraussetzung aus, daß die „Begünstigung" im allgemeinen ein Antragsdelikt sei; die Vorschrift giebt einen völlig guten Sinn, wenn das Wort „Begünstiger" lediglich von einem solchen Begünstiger verstanden wird, der die Begünstgg. eines Antragsdeliktes vor Begehung desselben zugesagt hat.

52) Die in den N. 49—51 entwickelte Ansicht widerstreitet der GM. Es nimmt Binding **1** 637 (vgl. auch Normen **2** 568) zwar an, daß die Begünstgg. nie Antragsverg. sei, im übrigen aber wird sowohl die persönl. als auch die sachl. Begünstgg. in mehr oder minder weitem Umfange für ein Antragsdelikt erklärt.

Am verbreitetsten ist die Ansicht, daß, wenn die begünstigte That Antragsdelikt sei, auch die Begünstgg. nur auf Antrag verfolgt werden könne; man folgert dieses aus der Fassung der §§ 63, 247; so: Hälschner **2** 883, v. Liszt S. 618, Merkel S. 155, H. Meyer S. 309, F. Meyer N. 14, Oppenh. N. 19 u. § 61 N. 6, Otto § 61 N. 17, Puchelt N. 3, Rubo § 61 N. 15, Rüd.-St. N. 3, Reber Antragsdel. S. 136.

Eine andere Ansicht geht dahin, daß die Begünstgg. als selbständiges Delikt an sich kein Antragsverg. sei, sondern nur ausnahmsweise im Falle des § 247, wenn der Begünstiger zu dem Verletzten in einem persönlichen Verhältniß der daselbst Abs. 1 bezeichneten Art stehe, sowie im Falle des § 289; so: Dochow HH. **4** 276, Hälschner **1** 717, v. Schwarze § 63 N. 6 u. GS. **24** 376, Ressel Antragsber. S. 24, Herzog G. **29** 118, 137.

Zwischen diesen beiden Ansichten steht eine dritte: die Strafverfolgung der Begünstgg. solle bei den absoluten (uneingeschränkten) Antragsdel. stets nur auf Antrag, bei den relativen (§ 61 N. 8) dagegen lediglich dann auf Antrag verfolgt werden, wenn der Begünstiger zu dem Verletzten in einem Verhältnisse der im § 247_1 bezeichneten Art stehe, möge auch der Thäter selbst nicht in einem solchen Verhältnisse stehen; so: Merkel HH. **3** 739 N. 3, **4** 427 f., Meves StRZ. **13** 513 ff., Villnow Raub S. 70 ff., im wesentlichen auch Waldthausen G. **29** 388, 391 f.; dabei nehmen diese sämmtlich an, daß das Prinzip des § 247_2 der Natur der Sache nach auch beim § 263 gelten müsse; Meves u. Villnow nennen unrichtig noch den § 289, dessen Abs. 4 eine absolute Antragsberechtigung statuirt, während § 292 übersehen wird.

Eine eigenthümliche Ansicht endlich vertritt v. Buri GS. **29** 35 bezüglich der Vorschrift des § 63, die er im übrigen, da vor Erhebung des Antrages von einer strafb. Begünstgg. keine Rede sein könne, für selbstverständlich erachtet und nur auf die — nicht auf § 263 übertragbare — Ausnahme des § 247 bezieht.

53) Die Frage, ob und inwieweit nach Maßgabe der §§ $247_{2,3}$ bzw. 289_3 eine Straflosigkeit der Begünstgg. eines Diebst., einer Unterschl. bzw. eines furtum usus anzunehmen sei, beantwortet sich zunächst dahin, daß Abs. 3 des § 247 in seiner Beziehung auf Abs. 2 das. die persönl. Begünstgg. garnicht im Auge haben kann (vgl. o. N. 2, 3_1); so: Binding Normen **2** 468 N. 680, Gretener Begünstgg. S. 139, der jedoch N. 92 die Frage de lege lata nicht für zweifellos erachtet. Die sachliche Begünstgg. aber ist strafbar, auch wenn das begünstigte V. o. V. straflos ist. Daher sind § 247_3 i. V. mit Abs. 2 bzw. § 289_3 auch nur von der vor der That zugesagten, als Beihülfe zu bestrafenden Begünstgg. zu verstehen; aM.: v. Schwarze § 247 N. 21, Meves StRZ. **13** 514, Villnow Raub S. 72, welche Straflosigkeit des Begünstigers eines Diebst., einer Unterschl. oder eines aus § 289 strafb. Eigennutzes annehmen, falls der Begünstiger zu dem Verletzten in einem der im § 247_2 bezeichneten persönlichen Verhältnisse steht.

54) Was das Verhältniß der Begünstgg. zu anderen strafb. Hdlgen betrifft (abgesehen von der begünstigten Hdlg. selbst; s. o. N. 27, 28), so gelten die allgemeinen Grund-

sätze über Idealkonk. (Schütze S. 163) bzw. über Ausschluß des allgemeineren Strafgesetzes durch das speziellere (§ 73 N. 12); abweichend nimmt jedoch Geyer HH. 2 423 an, es sei überall vorausgesetzt, daß die Begünstgg. nicht in ein anderes, besonders benanntes Verbr. übergehe.

Im Einzelnen ist zu vergleichen bezüglich des Verhältnisses zu:

§ 90[3] das. N. 3d; §§ 120, 121 oben N. 20; §§ 154 ff., 164 oben N. 17c; § 258 das. N. 2_2; § 259 das. N. 28; § 271 oben N. 20_2; §§ 346, 347 daselbst.

Wegen des Verhältnisses zur KO. § 212[1] vgl. RG. IV 29. Nov. 87 R. 9 684 (zwischen der Begünstgg. aus § 257 u. der Konkursbegünstgg. liege keine Gesetzeskonk. vor).

55) Der Abs. 1 enthält zunächst selbständige Strafandrohungen und zwar ist die Strafe:

der einfachen Begünstgg. wahlweise Geldstrafe von 3—600 M. (§ 27) o. Gefängniß von 1 T.—1 J. (§ 16), wobei die Geldstr., als „an erster Stelle" angedroht, gemäß § 28_2 (das. N. 6b) für den Nichtbeitreiblichkeitsfall auch in Haft umgewandelt werden kann;

der qualifizirten Begünstgg. Gefängniß von 1 T.—5 J. (§ 16).

Der Abs. 1 enthält aber ferner in seinem Schlußsatze eine nach den Motiven durch die accessorische Natur der Begünstgg. (N. 7) bedingte Bestimmung dahin, daß die Strafe „der Art oder dem Maße nach keine schwerere sein dürfe als die auf die Handlung selbst angedrohte". Aus der Natur dieser Bestimmung (vgl. § 111 N. 12) folgt, daß auch die qualif. Begünstgg. in den Fällen, in welchen die Hauptthat nur mit Geldstr. bedroht ist, gleichfalls nur mit Geldstr. belegt werden kann; so: Geyer 2 153 u. HH. 4 177, Hälschner 2 883, Merkel HH. 4 428, H. Meyer S. 310, Oppenh. N. 22, v. Schwarze GS. 24 389, Villnow Raub S. 94, Waldthausen G. 29 402; aM. v. Buri GS. 29 48, während Meves StRZ. 13 486 einen unlösbaren Widerspruch findet zwischen jener Bestimmung und denjenigen Straffanktionen, welche ausschließlich Geldstr. o. Festungsh. ohne alternative Verbindung mit anderen Freiheitsstr. androhen.

Daran, daß der Begünstiger i. c. härter als der Begünstigte, sowohl auf Grund der selbständigen, wie der relativen Strafdrohung, bestraft werden dürfe, ist nicht zu zweifeln; so die GM., insbs. Berlin 29. Jan. 73 St. 2 236.

Wegen Einziehung vgl. § 40 N. 9_3.

56) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 regelmäßig in fünf Jahren, jedoch alsdann schon in drei Jahren, wenn es um die Begünstgg. eines Verg. sich handelt, dessen Strafverfolgung mit Rücksicht auf die gegen dasselbe sich richtende Strafandrohung in dieser kürzeren Frist verjährt; es ergiebt sich dieses aus der Aufstellung verschiedener Strafandrohungen (N. 55) neben einander; vgl. § 111 N. 12_3.

Besteht die Begünstgg. in einer fortdauernden Hdlg., wie z. B. in der Aufbewahrung gestohlenen Geldes, so beginnt die Verjährung erst mit Beendigung dieses Zustandes, z. B. durch Rückgabe (§ 67 N. 12); RG. I 19. Juni 82 E. 6 412, Geyer 2 153.

57) Wegen der Zuständigkeit ist Abschn. 21 N. 2_2 zu vergleichen. Gehört die Handlung, auf welche die Begünstgg. sich bezieht, nicht zur Zuständigkeit der Schöffengerichte, so ist zuständig StrafK. bzw. SchöffenG.; GVG. §§ 73[1], 75[8].

58) Wegen Verjährung u. Zuständigkeit im Falle des Abs. 3 vgl. N. 47d.

§. 258.

Wer seines Vortheils wegen sich einer Begünstigung schuldig macht, wird als Hehler bestraft, wenn der Begünstigte

1) einen einfachen Diebstahl oder eine Unterschlagung begangen hat, mit Gefängniß,

2) einen schweren Diebstahl, einen Raub oder ein dem Raube gleich zu bestrafendes Verbrechen begangen hat, mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter drei Monaten ein.

Diese Strafvorschriften finden auch dann Anwendung, wenn der Hehler ein Angehöriger ist.

PrStGB. §§ 237, 238. Entw. I § 234, II § 253.

1) Wer einer qualifizirten Begünstigung (§ 257 N. 38) sich schuldig macht, wird „als Hehler bestraft", wenn der Begünstigte begangen hat: einen „einfachen" o. einen „schweren Diebstahl" (§§ 242, 243), eine „Unterschlagung" (§ 246), einen „Raub o. ein dem Raube gleich zu bestrafendes Verbrechen" (§§ 249—252, 255).

Bezüglich dieser im Gesetze ausdrücklich bezeichneten strafb. Hdlgen ist eine extensive Interpretation ausgeschlossen; so ist es z. B. völlig unzulässig, den Begriff des Diebst. oder der Unterschl. derartig auszudehnen, daß darunter auch die unbefugte, als Jagdverg. (§ 292) strafb. Aneignung von Fallwild zu verstehen sei; **RG**. III 21. Dez. 81 E. 5 277.

2) Nach den positiven Vorschriften des §§ 257, 258 erscheint die aus § 258 strafb. Hdlg. als eine Qualifikation der „des Vortheils wegen" begangenen Begünstgg., indem es einen ferneren i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 straferhöh. Umst. dieser an sich schon qualifizirten Begünstgg. bildet, wenn der Begünstigte eine der oben (N. 1) bezeichneten Strafthaten verübt hat; diese doppelt qualifizirte Begünstgg. wird im Gesetze „Hehlerei" genannt und speziell, im Gegensatz zu derjenigen des § 259, mit der nichttechnischen Bezeichnung Personenhehlerei belegt.

Hiernach schließt nothwendig eine „Hehlerei aus § 258" die Begünstgg. aus; so: Hälschner 2 886, Gretener Begünstgg. S. 122, Waldthausen G. 29 390, Rüd.-St. N. 7; aM. Schütze S. 164 N. 10, der Idealkonk. annimmt, während v. Buri GS. 29 43 zweifelhaft ist, ob „wirklich eine Konkurrenz zwischen §§ 257 u. 258 anzunehmen sei".

3) Da die Personenhehlerei in Wahrheit nur eine Qualifikation der eigennützigen Begünstgg. ist, so gilt Alles, was zum § 257 von dieser speziell (das. N. 38—40) bzw. von der einfachen Begünstgg. (das. N. 1—37) ausgeführt ist, auch btr. der Personenhehlerei.

Der durch die weitere Qualifikation bedingte Unterschied besteht nur darin:

a. daß objektiv nicht die vorherige Begehung irgend eines V. o. V. ausreicht (§ 257 N. 4, 32), sondern daß eines der im § 258 selbst bezeichneten V. o. V. verübt worden sein muß;

b. daß dementsprechend das auch für den Fall des § 258 erforderliche Strafbarkeitsmerkmal der Wissentlichkeit sich nicht blos, wie im Falle des § 257, im allgemeinen auf das Vorliegen eines V. o. V. zu erstrecken hat (§ 257 N. 23—25, 35_2), sondern speziell dahin gehen muß, daß die Begünstgg. auf ein V. o. V., wie es im § 258 [1, 2] bezeichnet wird, sich beziehe. Nach den zum § 257 entwickelten Grundsätzen genügt es aber zur Anwendung der Nr. 1 des § 258, wenn der Begünstiger glaubt „einen Diebst. o. eine Unterschl.", der Nr. 2, wenn er glaubt, „einen schweren Diebst., einen Raub o. ein dem Raube gleich zu bestrafendes Verbr." begünstigt zu haben; ein Irrthum innerhalb der durch die beiden Nr. 1, 2 bezeichneten Kategorieen schließt die Anwendung des § 258 bzw. der betreffenden Nr. nicht aus; dazu kommt, daß der Glaube, einen schweren Diebst. o. einen Raub zu begünstigen, jedenfalls den Glauben, einen einf. Diebst. zu begünstigen, einschließt. Abgesehen von den auch hier sich wiederholenden Differenzen darüber, wieweit sich die Wissenschaft zu erstrecken habe (vgl. § 257 N. 23_3 aE.) stimmt die GM., insbs. **RG**. IV 15. März 87 E. 15 364 (Kenntniß des Hehlers von der thatsächl. Beschaffenheit der Hauptthat, wenn auch nicht von deren rechtl. Qualifikation), Dresden 28. Juli 73, 21. Sept. 74, St. 3 120, 5 93, mit jener Auffassung überein.

4) Die Personenhehlerei ist entweder ein Vergehen (Nr. 1) o. ein Verbrechen (Nr. 2).

Die „innere Seite der Frage nach der Möglichkeit eines Versuchs", für deren Erörterung bei der Begünstgg. aus § 257 keine Veranlassung vorlag, ist also mit Rücksicht auf Nr. 2 i. V. mit § 63 keineswegs mit Herzog G. 29 125 für erledigt zu erachten. Diejenigen, welche von der Beistandleistung einen wirklichen Effekt fordern (§ 257 N. 10), müssen ohne weiteres einen Versuch für denkbar erachten. Anders liegt die Frage für die Ver-

treter der GM.; begrifflich steht freilich der Umstand, daß das versuchte Delikt zum vollendeten erhoben ist, der Möglichkeit eines Versuchs nicht entgegen, falls nur die zu begünstigende That begangen worden ist (§ 43 N. 28b); so auch vom prinzipiellen Standpunkt Gretener Begünstgg. S. 154, 186; allein es ist diesem zuzugeben, daß nach dem StGB. ein Versuch ausgeschlossen ist, weil das Gesetz davon Abstand genommen hat, bestimmte Hdlgen, deren Versuch sich denken läßt, aufzuzählen (wie etwa im § 259), so daß nunmehr schon der erste Anfang einer Beistandleistung als Begünstgg. angesehen werden muß, sobald die begonnene Hdlg. nur überhaupt geeignet war, zu einer Beistandleistung zu führen; wer einen Versuch mit absolut untauglichem Mittel für möglich hält, muß auch bei der Begünstgg. einen Versuch für denkbar erachten. Die Möglichkeit eines Versuches des Verbr. aus § 258² verneinen, außer Gretener: Dresden 1. Juni 77 St. 7 322, Villnow Raub S. 77, Waldthausen G. 29 398, Geyer HH. 2 425, 4 176, Rüd.-St. N. 8, v. Schwarze § 257 N. 25 u. GS. 24 388. AM.: H. Meyer S. 307, Schütze S. 462, Oppenh. N. 8, v. Buri GS. 29 38, 46, Herzog StRZ. 11 273, welche den Versuch des Verbr. aus Nr. 2 für strafbar erachten.

5) Wenn auch die sog. Personenhehlerei in Wahrheit nur eine mehrfach qualifizirte Begünstgg. ist (N. 1, 2), so hat doch der Gesetzgeber durch die Wendung, daß derjenige, welcher einer Begünstgg. aus § 258 sich schuldig mache, „als Hehler" bestraft werde, angedeutet, daß die Grundsätze, welche über die Bestrafung bzw. Straflosigkeit der Begünstgg. aus § 257 gelten, hier nicht Anwendung finden sollen. Bezüglich des § 257_2 hebt § 258_2 dieses sogar ausdrücklich hervor. Dasselbe gilt aber bezüglich des Schlußsatzes des § 257_1, denn die Strafsanktionen des § 258 sind völlig selbständig gegeben; so die GM.; aM. Merkel HH. 3 743 N. 2.

Ein Gleiches gilt endlich bezüglich des § 257_3, der bei der Personenhehlerei aus § 258 keine Anwendung findet; so Gretener Begünstgg. S. 124 N. 74; aM.: Stuttgart 4. Sept. 74, Mannheim 23. Feb. 77, St. 4 182, 7 141, Hälschner 2 886, F. Meyer N. 6, v. Schwarze N. 8. Mit diesem Streitpunkte hängt die weitere Kontroverse zusammen, ob die Personenhehlerei ideal oder real mit dem Thatbestande des § 257_3 konkurriren könne; beides ist möglich, da die Personenhehlerei, wie die einfache Begünstgg., mit der Theilnahme am begünstigten V. konkurriren kann (§ 257 N. 27), die Bedeutung der Vorschrift des § 257_3 aber die ist, daß die in der Zusage der Begünstgg. liegende Beihülfe ausschließlich und nicht noch daneben die Begünstgg. bestraft werde (§ 257 N. 46); so Oppenh. N. 2 u. 9, während die citt. Entsch. die Möglichkeit jeder Konkurrenz verneinen.

6) Die Frage, ob die Personenhehlerei ein Antragsdelikt sei, ist im vollsten Umfange zu verneinen, da eine dem Abs. 3 des § 257 entsprechende Bestimmung fehlt (vgl. § 257 N. 50—52). Selbst diejenigen, welche annehmen, daß die Begünstgg. in engerer oder weiterer Ausdehnung ein Antragsdelikt sei, verneinen zum Theil die Nothwendigkeit des Antrages bei der Personenhehlerei, weil die §§ 63, 247_3 ausdrücklich nur vom „Begünstiger" sprächen; so: F. Meyer N. 8, Reber Antragsdel. S. 268, Ressel Antragsber. S. 24, Meves StRZ. 13 516; aM.: Hälschner aO., Merkel HH. 3 743, H. Meyer S. 759, Schütze S. 461 N. 12, Rüd.-St. N. 6, Waldthausen G. 29 391; vgl. auch RG. II 12. Apr. 81 E. 4 83, welches den § 247_3 auch auf § 258 bezieht, da die dort „gedachte Hehlerei sich als eine qualifizirte Begünstgg. darstelle".

Entsprechend ist auch die Frage zu beantworten, ob eine Straflosigkeit der auf einen Diebst., eine Unterschl. (§ $247_{2,3}$) oder ein furtum usus (§ 289_3) bezüglichen Personenhehlerei anzunehmen sei (vgl. § 257 N. 53).

7) Die Hauptstrafe des Verg. (Nr. 1) ist Gefängniß von 1 T.—5 J. (§ 16), die ordentliche Hauptstr. des Verbr. (Nr. 2) ist Zuchthaus von 1—5 J. (§ 14_2), die für den Fall mild. Umst. (Th. I Abschn. 4 N. 13a ff.) zugelassene Hauptstrafe Gefängniß von 3 Mt. bis 5 J.

Wegen der Nebenstrafen vgl. § 262.

Der Versuch (N. 4) würde ev. nach den §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 strafbar sein.

8) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 beim Verg. (Nr. 1) in fünf, nach § 67_1 beim Verbr. (Nr. 2) in zehn Jahren.

Wegen der Zuständigkeit bezüglich des Vergehens (Nr. 1) vgl. Abschn. 21 N. 2_{2}. Gehört die Hdlg., auf welche die Hehlerei sich bezieht, nicht zur Zuständigkeit der **SchöffenG.**, so ist zuständig **Strafk.** bzw. **SchöffenG.**; GVG. §§ 73^{1}, 75^{9}.

Wegen des Verbrechens (Nr. 2) ist zuständig **Strafk.**; GVG. § 73^{2}.

§. 259.

Wer seines Vortheils wegen Sachen, von denen er weiß oder den Umständen nach annehmen muß, daß sie mittels einer strafbaren Handlung erlangt sind, verheimlicht, ankauft, zum Pfande nimmt oder sonst an sich bringt oder zu deren Absatze bei Anderen mitwirkt, wird als Hehler mit Gefängniß bestraft.

PrStGB. §§ 237, 238. Entw. I § 233, II § 254.

1) Der § 259, welcher die sog. Sachenhehlerei oder Partirerei behandelt, zieht den Kreis der Strafbarkeit bedeutend weiter, wie § 257 btr. der Begünstgg. oder gar wie § 258 btr. der Personenhehlerei, welche auf die Beistandleistung solcher Personen beschränkt sind, die eines Verbrechens oder Vergehens bzw. eines bestimmten V. o. V. sich schuldig gemacht haben. Im Gegensatze hierzu ist die Partirerei „aus kriminalpolitischen Rücksichten" auch dann für strafbar erklärt, wenn sie auf Sachen sich bezieht, die durch eine Uebertretung erlangt wurden.

2) Unter „Sachen" werden, wie meist im StGB. (vgl. § 137 N. 1), nur körperliche Sachen verstanden; so die GM. Zu diesen gehört aber auch z. B. eine Schuldurkunde über ein empfangenes Darlehn, die somit auch Gegenstand der Partirerei sein kann; Berlin 6. Juni 73 St. **3** 69. Durch Erwerb eines Pfandscheines kann das Pfand selbst Gegenstand eines hehlerischen Erwerbes werden; **RG.** III 24. Apr. 90 E. **20** 399 (btr. HambR.), jedoch nur sofern durch Einlösung des Pfandscheines die Inbesitznahme der Sache nachfolgt; s. u. N. 10 b.

Die „Sachen" brauchen keine fremden zu sein und zwar weder für denjenigen, der sie „mittels einer strafb. Hdlg. erlangte", den „Hauptthäter" (so: RG. II 31. Jan. 90 E. 20 222 btr. Erlangung der eigenen Sache seitens des Hauptthäters unter Verletzung des § 289, F. Meyer N. 2, Rüd.-St. N. 3; aM. Oppenh. N. 6), noch für den Hehler selbst (so die GM., insbs. RG. IV 11. Dez. 88 E. 18 303 btr. Partirerei begangen hinsichtlich einer dem Hehler selbst gehörigen Pfandsache, die durch eine aus § 289 strafb. Hdlg. seitens der Ehefrau desselben erlangt war; aM. Blum N. 1).

Die „Sache" braucht übrigens in Niemandes Eigenthum zu stehen, sie kann auch — wie namentl. im Falle der Erlangung mittels Verletzung fremder Okkupationsrechte — eine herrenlose sein; Berlin 24. Mai 76 St. 6 321, Hälschner 2 889, Binding Normen 2 576, Waldthausen G. 29 405.

3a) Unter „einer strafbaren Handlung", mittels welcher die Sachen erlangt sein müssen, ist eine kriminell strafb. Hdlg. zu verstehen (vgl. § 111 N. 3). Ob sie nach Reichs- oder Landesrecht strafbar, ist gleichgültig; Berlin 24. Mai 76 St. 6 321. Dagegen genügt es nicht, wenn die Hdlg. nur „dienstordnungswidrig" und deshalb vielleicht disziplinarisch strafbar ist; Wolfenbüttel 27. Sept. 79 St. 2 194; ebensowenig, wenn nur festgestellt wurde, daß die Sache „nicht auf rechtmäßige Weise" erlangt sei; Dresden 29. Jan. 77 St. 7 325.

b) Mit der kriminell strafb. Hdlg. (a) wird ohne weiteres auch die Deliktsfähigkeit des Thäters der Vorthat erfordert; so die GM. Differenzen herrschen wesentlich nur darüber, ob in dem Falle unten c β überhaupt Deliktsfähigkeit des Handelnden angenommen werden kann.

c) Weil aber die Partirerei ein der sachlichen Begünstgg. ähnliches Vermögensdelikt ist, das, wie diese, auf Perpetuirung des widerrechtlich erzeugten Vermögenszustandes geht (s. u. N. 16₂, 25), so kann es nicht darauf ankommen, daß die strafb. Hdlg. auch in concreto wirklich strafbar sei (vgl. Th. I Abschn. 3 N. 6 über straflose „strafb. Hdlgen"); in diesem Sinne bedarf es nur der Feststellung einer objektiv strafb. Hdlg.; so im allg.: H. Meyer S. 759, Oppenh. N. 5, Binding Normen 2 468 N. 680, Herzog G. 29 122, Gretener Begünstgg. S. 171; vgl. auch RG. I 28. Feb. 84 E. 10 155; aM.: Hälschner 2 888, Merkel HH. 4 429, Waldthausen G. 29 403. Deshalb kann Partirerei speziell auch dann stattfinden, wenn:

α. die Hauptthat von einem Ausländer im Ausl. verübt war und die Deutschen Gerichte nach §§ 3, 4 zur Verfolgung des Hauptthäters nicht befugt sind; RG. I 17. Dez. 88 E. 18 298, Oppenh. N. 25;

β. der Hauptthäter (trotz Deliktsfähigkeit) wegen kindlichen Alters gemäß § 55 strafrechtlich nicht verfolgt werden kann; so: RG. II 6. Juni 82 E. 6 336, Oppenh. N. 5, Rüd.-St. N. 7; aM.: Stuttgart 29/31. Dez. 75 St. 6 317, Geyer 2 77, v. Liszt S. 505 N. 1, Binding Normen 2 572, Herbst G. 28 120;

γ. der Hauptthäter wegen fehlenden Strafantrages nicht verfolgt werden kann; Berlin 2. Mai 73 O. 14 332, Dresden 23. Okt. 74, München 19. Apr. 75, St. 5 99, 98, Binding Normen 2 572, H. Meyer S. 759, v. Liszt S. 505, Oppenh. N. 25, Rüd.-St. N. 7;

δ. der Hauptthäter auf Grund der Spezialbestimmungen der §§ 247₂, 289₅ persönlich straflos ist; RG. II 12. Apr. 81 E. 4 83, cit. München 19. Apr. 75, Geyer 2 77, Oppenh. N. 25, Rüd.-St. N. 2.

4) Die Sache muß mittels der strafb. Hdlg. „erlangt" sein; dies setzt voraus, daß die Sache bereits vorhanden war; eine durch eine Strafthat erzeugte Sache ist daher ausgeschlossen; so die GM.; aM. Schütze S. 303 N. 15, 461 N. 13, während v. Buri GS. 29 50 zweifelhaft ist.

Im übrigen ist eine Sache von Jemandem „erlangt", wenn er die Möglichkeit einer thatsächlichen oder rechtlichen Verfügung erworben hat; Merkel HH. 3 744, Oppenh. N. 6. Mit der „Erlangung" der Sache in diesem S. kann unter Umständen auch der Erwerb des Eigenthums an derselben verbunden sein; vgl. u. N. 17.

5) Die Sache muß „mittels" einer strafb. Hdlg. erlangt sein. Die Natur der strafb. Hdlg. ist an sich gleichgültig; sie kann eine solche sein, zu deren Thatbestand die Erlangung der Sache gehörte (wie z. B. Diebst.) oder nicht (wie z. B. Meineid, Urkundenfälschung);

unbedingt erforderlich ist nur, daß ein Kausalzusammenhang zwischen der strafb. Hdlg. und der Erlangung der Sache vorliege; RG. II 27. Sept. 81, BStS. 17. Apr. 82, E. **4** 440, **6** 218, I 15. Mai 82 R. **4** 487 (dieses i. c. den Zusammenhang verneinend, weil das eingeschwärzte Vieh bereits durch Kauf im Auslande erworben und nicht durch die strafb. Hdlg. der verbotswidrigen Einführung nach D. in das Eigenthum der Vormannes übergegangen gewesen sei). Deshalb kann auch ein Delikt aus § 137 (v. Schwarze GS. **24** 392, Binding Normen **2** 576 N. 843, Hälschner **2** 889 N. 3, Merkel HH. **3** 745, F. Meyer N. 2; aM. Oppenh. N. 6) oder ein solches aus § 289 (so Binding u. das o. N. 2 cit. RG. 11. Dez. 88) eine geeignete strafb. Hdlg. sein.

Der nothwendige Kausalzusammenhang ist jedoch unterbrochen, wenn an Stelle der durch die Strafthat erlangten Sachen andere getreten sind; dies gilt gleichmäßig von vertretbaren wie von nicht vertretbaren Sachen und deshalb namentl. auch vom Gelde; der in Geld bestehende Erlös für die durch Diebst. rc. erlangten Sachen ist nicht Gegenstand der Partirerei, ebensowenig wie diejenigen Sachen, welche für gestohlenes Geld gekauft wurden, oder dasjenige Geld, welches durch Umwechseln rc. für das gestohlene eingetauscht wurde. So die GM., insbs.: RG. II 6. Juli 80 R. **2** 164, 29. Juni 83 E. **8** 433, I 15. Nov. 80, 11. Apr. 92, 26. Juni 82, E. **2** 443, **23** 53, R. **4** 622 (vgl. § 246 N. 6 III f.), München 18. Jan. 78 St. **8** 217, Berlin 18. Apr. 79 O. **20** 217. AM. Dresden 16. Apr. 77 St. **2** 325.

Dagegen konnte von RG. III 15. Juni 81 E. **4** 321 Partirerei in einem Falle angenommen werden, wo dem Dritten vom Diebe ein ideelles Anrecht an einem 100 M.-Schein eingeräumt worden war und dieses später durch Umwechselung des Scheins und Theilung des Erlöses realisirt wurde; ähnlich, wenn auch mit anderer Motivirung, RG. III 16. Juni 80 R. **2** 72 btr. den Erwerb eines Sparkassenbuches durch gewerbsmäßiges Glücksspiel und demnächstige Abgabe eines Theiles des Erlöses, nachdem anscheinend gleichfalls ein Anrecht auf das Buch eingeräumt worden.

6) Die Sachen, welche der Hehler verheimlicht rc., müssen mittels einer strafb. Hdlg. erlangt sein („sind"), d. h. das Erlangen muß dem Verheimlichen zeitlich vorangangen sein; die Sache muß den Charakter des deliktischen Erwerbes bereits an sich tragen; so die GM., insbs. RG. II 28. Mai 80, IV 13. Jan. 88, 20. Juni 90, E. **2** 69, **17** 59, **21** 16, FS. 12. Sept. 81 R. **3** 496; aM. Schütze S. 462, eine Sache sei auch dann durch eine strafb. Hdlg. erlangt, wenn die Vollendung der vermittelnden Strafthat durch den Akt der Partirerei selbst erfolge oder miterfolge.

Mit Recht heben deshalb Hälschner **2** 890 sowie v. Schwarze N. 10 u. GS. **24** 374 hervor, daß das Delikt, wodurch die Sache erlangt wurde, wohl stets ein vollendetes sein müsse, weil die Hdlg. des Dritten sonst Beihülfe sein würde. Namentl. häufig würde es um Beihülfe zu einer Unterschl. sich handeln (§ 246 N. 25_3); vgl. z. B. das cit. RG. 28. Mai 80.

War der Erwerb thatsächlich noch nicht vollendet, nahm aber der Dritte solches an, so liegt Mangels objektiven Thatbestandes keine Partirerei und Mangels subjektiven Thatbestandes keine Unterschl. vor (vgl. § 246 N. $25_{5,6}$); meist wird jedoch eine sachl. Begünstigg. angenommen werden können (§ 257 N. 34). Wegen des umgekehrten Falles vgl. u. N. 23_3.

7) Mittels welcher strafb. Hdlg. der Dritte die Sache erlangt habe, braucht nicht festgestellt zu werden; nur das darf die Feststellung nicht zweifelhaft lassen, daß die Sache überhaupt mittels einer strafb. Hdlg. erlangt worden sei (vgl. §§ 240 N. 6_3, 257 N. 6); so: RG. I. 28. Feb. 84 E. **10** 155 (die thatsächl. Feststllg. jener Hdlg. brauche nicht nach Maßgabe der StPO. § 266_1 zu geschehen, vielmehr müsse nur zur Genüge nachgewiesen sein, daß die Sache wirklich durch eine strafb. Hdlg. erlangt worden), v. Liszt S. 506; aM.: RG. III 31. Jan., 16. Juni 80, II 4. Okt. 81, E. **1** 180, R. **2** 72, **3** 589 (die Anwendung des § 259 bedinge neben der Feststellung der dem Thatbestande der Partirerei eigenthümlichen Begriffsmerkmale zugleich den Nachweis und die Feststellung jener zuvor begangenen strafb. Hdlg. ihrem objektiven Thatbestande nach), Wolfenbüttel 27. Sept. 72, München 19. Apr. 75, St. **2** 194, **5** 98, Oppenh. N. 5, während eine Feststellung dem Gattungsbegriffe nach (z. B. durch Diebst. erlangt) für genügend erachten: Berlin 2. Mai 73 O. **14** 332, Blum

N. 2. Da übrigens zweifellos eine alternative Feststellung (§ 47 N. 29) ausreichend ist, indem das Gesetz gar kein Gewicht darauf legt, mittels welcher strafb. Hdlg. die Sache erlangt worden sei, so laufen diese Ansichten — namentl. die letztere — mit der oben vertretenen praktisch wesentlich auf dasselbe hinaus.

Einer Feststellung bezüglich der Person des durch die strafb. Hdlg. Verletzten bedarf es keinesfalls; **RG.** II 12. Okt. 80 E. **2** 323.

8) Die Sachenhehlerei (Partirerei) verlangt im Gegensatze zur Personenhehlerei (§ 258) bzw. Begünstgg. (§ 257) bestimmte Hdlgen; v. Schwarze GS. **24** 372. Für die Eintheilung dieser Hdlgen ist die Entstehungsgeschichte des § 259 von Bedeutung; er beruht (vgl. die Motive, soweit dieselben von der Partirerei handeln) auf den §§ 237, 238 des PrStGB., deren Eingang ursprünglich dahin lautete: „Wer Sachen . . . ankauft, zum Pfande nimmt oder verheimlicht" ꝛc. Diese Fassung wurde durch PrG. v. 14. Apr. 1856 dahin abgeändert: „Wer Sachen . . . verheimlicht, ankauft, zum Pfande nimmt oder sonst an sich bringt oder zu deren Absatze bei Anderen mitwirkt" ꝛc. Der Regierungsentwurf hatte die Fassung vorgeschlagen: „Wer Sachen . . . ankauft, zum Pfande nimmt oder sonst verheimlicht" und wollte durch den Zusatz „sonst" außer Zweifel setzen, daß das Ankaufen und Zumpfandenehmen nur Beispiele des „Verheimlichens" bildeten, welche ihres häufigen Vorkommens wegen besonders herausgehoben würden (G. **3** 848 ff., 859). Die Abänderungen gegenüber dem Entwurfe beruhen auf Anträgen, die in der Kommission des Abgeordnetenhauses gestellt und angenommen wurden; während bezüglich des „Vertreibens" bemerkt wurde, daß gerade diese Hdlg. sehr häufig vorkomme und daher auch zweckmäßig ausdrücklich zu erwähnen sei, wurde es im übrigen für richtig erachtet, an den gewöhnlichen Wortsinnn des „Verheimlichen" sich anzuschließen und damit „nicht die daneben angeführten Erwerbsarten in Verbindung zu bringen, sondern durch einen denselben hinzuzufügenden allgemeinen Ausdruck alle anderen Erwerbsarten ohne den speziellen Zweck der Verheimlichung und außerdem das „Verheimlichen" als Hehlerei unter Strafe zu stellen" (G. **4** 122).

Es ergiebt sich hieraus klar, daß das Gesetz drei Kategorieen von Hdlgen unterscheidet: a. das Verheimlichen (N. 9); b. das Ansichbringen (N. 10—13); c. das Mitwirken zum Absatze bei Anderen (N. 14, 15); so die GM., während Waldthausen G. **29** 406 das „Verheimlichen" unter den allgemeinen Begriff des „Ansichbringens" subsumirt und auch Binding Normen **2** 577 nur zwischen „Ansichbringen mit oder ohne Aneignungsabsicht" und „Mitwirkung zum Absatze bei Dritten" unterscheidet. Uebrigens lassen die Hdlgen sämmtlich begrifflich einen Versuch (§ 43) zu, was für den Verbrechensthatbestand des § 261 von Wichtigkeit ist.

Hdlgen, welche unter eine jener drei Kategorieen nicht zu bringen sind, erfüllen den Thatbestand der Partirerei nicht; so z. B. nicht die Theilnahme an den Vortheilen einer strafb. Hdlg. durch den Mitgenuß der Früchte, sofern darin nicht (da von einer Mitwirkung zum Absatze bei Anderen nicht die Rede sein kann) ein Verheimlichen oder ein Ansichbringen liegt; so: **RG.** III 25. Sept. 80 E. **2** 401, Oppenh. N. 19 (vgl. u. N. 13a, b, 20c); aM. H. Meyer S. 760.

9) „Verheimlichen" bezeichnet ein „Verhindern des Wissens"; es ist deshalb nicht gleichbedeutend mit Verbergen, das lediglich ein „den Blicken Anderer Entziehen" bedeutet (aM. Schütze S. 462); jener ist deshalb nicht nur durch körperliches Verstecken, sondern auch auf andere Weise möglich, weshalb auch der Verheimlichende eine Verfügungsgewalt über, bzw. Besitz o. Gewahrsam an der Sache nicht zu haben braucht; so: Hälschner **2** 890, F. Meyer N. 8a, Oppenh. N. 14, Villnow Raub S. 98, Meves StRZ. **13** 522, Geyer GS. **27** 378, Gretener Begünstgg. S. 175; aM.: v. Schwarze N. 14 u. GS. **24** 397 (der deshalb auch, trotzdem er an sich gleichfalls drei Kategorieen von Hdlgen annimmt, geneigt ist, das „Ansichbringen" mit dem demonstrativen Worte „sonst" auch auf „Verheimlichen" zu beziehen); ferner: Merkel HH. **3** 746, **4** 431, Waldthausen G. **29** 406, auch Rubo N. 7 (eine Sache verheimliche derjenige, der wissentlich unwahrerweise berechtigten Anfragen gegenüber den Besitz oder die Gewahrsam einer, dem Anblicke sich nicht darbietenden, beweglichen

Sache in Abrede stelle). Obschon hiernach die Verheimlichung auch durch irreführende Worte, Täuschungen ꝛc., z. B. wenn sie die Auffindung der Sache bei Anderen erschweren (Meves aO.), geschehen kann, so werden doch solche, wie z. B. die unrichtige Angabe, schon lange im Besitze der Sache zu sein, dann nicht genügen, wenn die btr. Sache dabei gleichzeitig den Blicken des Nachfragenden dargeboten wird; in solchem Falle erscheint die körperl. Sache selbst nicht verheimlicht.

10a) „Ansichbringen" bezeichnet die Erwerbung eigener Verfügungsgewalt über die Sache auf derivativem Wege; ein Erlangen der Innehabung, das nicht dazu erfolgt, um zu eigenen Zwecken über die Sache zu verfügen, erfüllt daher den Begriff nicht; so die GM., insbs.: **RG.** I 15. März 80, II 20. Nov. 83, III 25. Sept. 80, IV 13. Jan., 11. Dez. 88, **E. 1** 279, **9** 199, **2** 401, **17** 59, **18** 303, II 19. Okt. 83, III 22. Sept. 80, 9. Juli 85, **R. 5** 616, **2** 240, **7** 484, Berlin 26. Juni 73, 8. Okt. 74, 17. Mai 76, 9. Apr. 78, **St. 3** 20, **4** 183, **6** 318, **O. 19** 208. Demnach begeht derjenige, welcher eine von einem Dritten durch eine strafb. Hdlg. erlangte Sache auf anderem als derivativem Wege, z. B. durch eigenmächtige Wegnahme oder Finden, in seine Verfügungsgewalt bringt, keine Hehlerei, sondern vielleicht Diebst. (§ 242 N. 20) oder Unterschl. (§ 246); der Betreffende setzt dann nicht eine bereits durch ein Delikt geschaffene rechtswidrige Vermögenslage fort, sondern unternimmt einen selbständigen Angriff; so die GM., insbs. **RG.** III 8. Dez. 87 **R. 9** 711.

b) Das „Ansichbringen" bezeichnet die Erwerbung der thatsächlichen Verfügungsgewalt auf dem zu a bezeichneten Wege; davon, daß dem Hehler auf Grund eines unter eine bestimmte civilrechtliche Kategorie fallenden Vertrages eine rechtliche Herrschaft übertragen werde, kann ebensowenig die Rede sein als wie davon, daß der Dieb die gestohlene Sache in seine rechtliche Herrschaft bringen wolle, bzw. daß der Unterschlagende solches btr. des Gegenstandes der Unterschl. thue (§§ 242 N. 28, 246 N. 10_2); Zweck des Gesetzes ist, einer Befestigung des durch die strafb. Hdlg. herbeigeführten rechtswidrigen Erfolges entgegenzutreten; die Befestigung eines solchen Zustandes erfolgt aber schon durch die Erlangung der thatsächlichen Verfügungsgewalt; demnach kann es auch nicht darauf ankommen, daß die Form des der Uebertragung zu Grunde liegenden Vertrages gewahrt sei, wohl aber ist der Eintritt jener als die Folge der Willensübereinstimmung zwischen Geber u. Nehmer nothwendig; so **RG.** II 20. Mai 81, IV 11. Dez. 88, 24. Jan. 90, **E. 4** 184, **18** 303, **20** 209, auch die o. zu a citt. II. 20. Nov. 83, III 9. Juli 85, nicht minder aber IV 13. Jan. 88 **E. 17** 59, welches keineswegs hat aussprechen wollen, daß das Ansichbringen nothwendig einen die Uebertragung des Eigenthums zum Gegenstand habenden Vertrag erfordere; unter der Voraussetzung des nachfolgenden Besitzerwerbes an der Pfandsache kann deshalb auch in dem Erwerbe des Pfandscheins (N. 2_1) ein Ansichbringen jener selbst gefunden werden; **RG.** III 31. März 92 **E. 23** 27. Hiernach ist namentl. auch der Eigenthümer der Sache selbst (N. 2_3) im Stande, Partirerei an derselben durch Ansichbringen zu begehen; cit. **RG.** 11. Dez. 88. Die somit nothwendige Erlangung der thatsächlichen Verfügungsgewalt wird meist durch eine Besitzerlangung geschehen; doch ist dies nicht unbedingt erforderlich, so z. B. nicht, wenn der Hehler nach PrGrundbuchrecht das Eigenthum an einem Immobile durch Auflassung erwirbt; hier fehlt es sicher nicht an einer Verfügungsmöglichkeit, auch wenn die Uebergabe nicht erfolgt sein sollte; Oppenh. N. 16, Villnow Raub S. 100 f., v. Buri GS. **29** 51; vgl. auch Meves StRZ. **13** 524.

c) Das „Ansichbringen" erfordert eine positive Thätigkeit; wird eine gestohlene Sache von dem Dieb in eine von einem Anderen besessene Räumlichkeit gebracht, so wird deshalb letzterer nicht schon dadurch zum Hehler, daß er davon unterrichtet ist und zugleich weiß, daß die Sache mittels einer strafb. Hdlg. erlangt sei; so: cit. **RG.** 19. Okt. 83 (eine ein Ansichbringen involvirende Hdlg. eines Ehemannes könne weder in der Annahme eines Geschenkes durch seine Ehefrau, noch in dem Gutheißen derselben gefunden werden), Berlin 14. Sept. 76 **O. 17** 559, v. Schwarze GS. **24** 379, Gretener Begünstgg. S. 175. Ebensowenig liegt darin ein Ansichbringen, wenn Jemand bona fide den Besitz einer gestohlenen Sache erlangt hat und dieselbe demnächst mala fide superveniente lediglich in seinem Besitze behält; Gretener aO., Waldhausen **G. 29** 409. Dagegen ist nicht nothwendig, daß das „Ansichbringen"

als ein persönliches Zugreifen sich darstelle, vielmehr genügt dazu jedes Thun, wodurch die Unterwerfung unter die eigene Verfügungsgewalt zum Ausdruck gebracht wird, bestehe dasselbe auch nur in einer konkludenten der Thätigkeit Anderer hinzutretenden Hdlg., z. B. darin, daß man gestohlenes Heu an seine eigenen Kühe verfüttern läßt; **RG.** II 18. Jan. 87 R. **9** 62.

11) Nicht nothwendig ist, daß der Hehler die Sache unmittelbar von demjenigen an sich gebracht habe, welcher sie durch die strafb. Hdlg. erlangt hatte; die Sache kann, nachdem sie aus dem Besitze des Hauptthäters gekommen, bereits in verschiedenen Händen gewesen sein, ehe sie in die Verfügungsgewalt des Hehlers gelangte; **RG.** I 13. Okt. 81 E. **5** 58, Hälschner **2** 891. Es kann somit an einer Sache eine zweite und fernere Hehlerei begangen werden.

Eine Feststellung darüber, von wem der Hehler die Sache an sich gebracht habe, also der Person seines Vormannes, ist nicht erforderlich; Berlin 9. Juni 75 O. **16** 432.

12) Wie im § 184 (das. N. 4) das „Verkaufen" als eine Art des „Verbreitens" hingestellt ist, so erscheinen hier das „Ankaufen" oder „Zumpfandenehmen" nur als Arten des „Ansichbringens", dessen Erfordernisse (N. 10, 11) daher auch bei jenen Hdlgen zutreffen müssen; **RG.** IV 13. Jan. 88 E. **17** 59. Eben deshalb genügt aber auch ein „Ankaufen" mit der Absicht „für einen Dritten zu erwerben", falls nur der Ankaufende die Verfügungsgewalt erlangt.

Andererseits kann namentl. im allgemeinen die Abschließung eines Kauf- o. Pfandvertrages nicht genügen, weil dadurch eine Verfügungsgewalt nicht erworben wird; nur wenn dieses ausnahmsweise der Fall sein sollte (vgl. N. 10 b aE.), kann z. B. im „Kaufen" auch ein „Ankaufen" und somit ein „Ansichbringen" gefunden werden; so die GM., insbs. **RG.** II 29. Sept. 82 E. **7** 85 u. das cit. IV 13. Jan. 88; aM. Blum N. 8, 9 u. Kohler Studien **1** 120, die den Abschluß des Vertrages für hinreichend erachten; zweifelhaft ist Merkel HH. **3** 746, obgleich er für den Begriff des Ansichbringens die bloße Erwerbung eines Anspruches auf die Sache nicht für genügend hält.

Vgl. übrigens § 246 N. 25₂ über Beihülfe zur Unterschl. durch Ankauf bzw. Pfandnahme.

Außer in diesen Fällen ist ein Ansichbringen ferner gefunden worden:

a. in der Annahme zum Geschenk; so die GM., insbs.: Dresden 26. Juni 71, Jena 26. Juni 73 St. **1** 93, 2 195;

b. in der Uebergabe eines Schuldscheines auf Grund stattgefundener Cession; Berlin 6. Juni 73 St. **3** 69.

13) In anderen Fällen ist das Moment des Ansichbringens streitig geworden:

a) Beim Mitgenuß gestohlener ꝛc. Sachen, namentl. bei dem Mitverzehren von Eßwaaren, dem Mitvertrinken von Spirituosen, ist je nach der Sachlage die Erwerbung einer eigenen Verfügungsgewalt und somit ein Ansichbringen anzunehmen oder zu verneinen; so: **RG.** II 1. Apr. 81, 20. Nov. 83, E. **4** 48, **9** 199, III 22. Sept. 80, I 13. Okt. 83, R. **2** 240, **5** 609, Geyer **2** 77, v. Liszt S. 506, F. Meyer N. 10; aM. einerseits: Oppenh. N. 19, v. Schwarze N. 4 u. GS. **24** 399, Waldthausen G. **29** 407, die in der Hdlg. ein „Ansichbringen" niemals finden, andererseits Hälschner **2** 891 u. H. Meyer S. 760, nach denen umgekehrt ein Mitgenießen nothwendig voraussetzen soll, daß die Sache dem Genießenden zur Verfügung übertragen sei; Binding Normen **2** 574 u. Gretener Begünstgg. S. 185 ferner leugnen Partirerei aus dem prinzipiellen Grunde, weil die rechtswidrige Vermögenslage in jenen Fällen nicht durch Aufrechterhaltung einer widerrechtlichen Dispositionsgewalt, sondern durch Zerstörung perpetuirt wurde (wogegen zu bemerken ist, daß gerade die mit dem Verzehren der Genußmittel coincidirende „Zerstörung" unter der nothwendigen Voraussetzung als Akt der Verfügung für die eigene Person sich darstellt, wie er frappanter nicht gedacht werden kann), während endlich Meves StRZ. **13** 503 einen dem Thatbestande der Hehlerei entsprechenden „Vortheil" vermißt.

b) Auch in der Annahme des täglichen Unterhaltes (vgl. auch u. N. 20 c) ist je nach Umständen der Erwerb einer eigenen Verfügungsgewalt zu finden oder nicht. So ist zwar ein Ansichbringen von Dresden 26. Juni 71 St. **1** 93 u. Berlin 26. Juni 72 O. **13** 371

in Fällen angenommen, wo eine Zuhälterin mit dem Diebe von dem Ertrage seiner verbrecherischen Thätigkeit lebte. Dagegen ist, weil das eheliche Verhältniß häufig eine andere Auffassung mit sich bringt, verneint, daß die Ehefrau, welche von ihrem Ehemanne gestohlene und in die Wohnung eingebrachte Nahrungsmittel zur Deckung des häuslichen Bedürfnisses der Familie verwendet, diese Sachen behufs eigener Verfügung über dieselben erworben habe (RG. III 25. Sept. 80 E. 2 401, v. Schwarze GS. 24 399), desgl. daß in dem Empfange gestohlener Viktualien seitens Hausbediensteter zur Zubereitung und zum Mitverzehren ein Ansichbringen liege (RG. III 9. Juli 85 R. 7 484).

14) „Mitwirken zum Absatze bei Anderen."

a) „Absatz" bezeichnet i. S. des § 259 die wirthschaftliche Verwerthung der Sache; regelmäßig erscheint dieselbe als Umsatz gegen einen Gegenwerth (so namentl. beim Verkauf, aber auch bei Tausch, Hingabe an Zahlungsstatt 2c.), doch stellt auch die Verpfändung eine solche dar; RG. II 15. Mai 88 E. 17 392, I 8. Okt. 88 R. 10 547.

b) Das „Mitwirken zum Absatze" bezeichnet seinem weiten Begriffe nach (vgl. § 243 N. 48) eine irgendwie beschaffene Thätigkeit, durch welche der beabsichtigte Absatz ermöglicht oder erleichtert wird bzw. wodurch dem Absatze (persönlich gesprochen: dem Veräußerer, nicht dem Erwerbenden; eine dem letzteren gewährte Beih. würde Beih. z. Hehlerei sein können) vortheilhaftere Bedingungen zu schaffen gesucht werden; zwischen einer den Absatz unmittelbar oder einer denselben nur mittelbar bezweckenden Thätigkeit wird nicht unterschieden; RG. IV 9. Juli 86 R. 8 531. Hiernach liegt ein Mitwirken zum Absatze namentl. vor im Falle einer Beihülfe zu einem solchen, z. B. durch die mechanische Thätigkeit des Hinschaffens der Sache zum Trödler (so Villnow Raub S. 101, auch wohl Merkel HH. 3 746 u. Waldthausen G. 29 407; aM. Meves StRZ. 13 522, Beih. z. Abs. sei nur Begünstgg.), ferner in der Verleitung (Anstiftung) dazu. Endlich aber ist der eigene Absatz gleichfalls eine Mitwirkung, vorausgesetzt, daß derselbe im Auftrage oder wenigstens im Einverständnisse des unredlichen Besitzers geschieht, weil sonst nicht die Partirerei, sondern ein selbständiger Angriff auf das Vermögensrecht eines Anderen stattfinden würde (vgl. N. 10). So: Hälschner 2 892, Merkel HH. 3 746 N. 15, Schütze S. 462 N. 16, Oppenh. N. 22, v. Schwarze N. 17 u. GS. 24 400, Waldthausen G. 29 407; zweifelhaft ist Gretener Begünstgg. S. 167. AM. Berlin 20. Juni 73 St. 3 20, welches verlangt, daß der Hauptthäter selbst irgend welche Thätigkeit bei dem Absatze ausübe, und noch weitergehend Blum N. 11 u. F. Meyer N. 8c, der Absetzende selbst müsse ein Anderer als der Hehler sein. Andererseits scheint Villnow Raub S. 101, ein Einverständniß mit dem unredlichen Besitzer nicht zu fordern, sondern es für ausreichend zu erachten, wenn nur überhaupt mehrere Personen zum Absatze mitwirken.

c) Abgesehen von den erörterten rechtlichen Gesichtspunkten ist die Frage, wann eine Mitwirkung zum Absatze — d. h. zum Zwecke des Absatzes — einer Sache bei Anderen anzunehmen sei, wesentlich Thatfrage; vgl. RG. II 20. Dez. 81, 8. Mai 83, E. 5 241, 8 265 (letzteres die Frage behandelnd, unter welchen Voraussetzungen ein Mitwirken zum Absatze darin gefunden werden könne, daß Jemand dem Diebe gestatte, mit dem gestohlenen Gelde seine — des Einwilligenden — Schulden zu bezahlen).

15) Streitig ist, ob die „Mitwirkung zum Absatze" die Perfektion des Absatzes erfordere. Der Wortlaut des Gesetzes spricht für die Verneinung der Frage; andererseits ist der für die Bejahung hauptsächlich angeführte Grund, daß sonst im Gesetze ein Widerspruch liegen würde, weil der Versuch des „Ankaufs" straflos sei, nicht stichhaltig, da der Kauflustige in einer anderen Stellung sich befindet als derjenige, welcher durch positive Hdlg. sich bemüht, den Absatz der Sache durchzusetzen; so: RG. II 20. Dez. 81 E. 5 241, IV 26. Sept. 84 R. 6 570, Berlin 1. März 72, 9. Apr. 78, O. 13 189, 19 208, Meves StRZ. 13 526, Geyer 2 78 u. GS. 27 374 ff., Hälschner 2 892, Merkel HH. 4 431, Blum N. 11, Rüd.-St. N. 15; aM.: H. Meyer S. 761, Schütze S. 462 N. 16, F. Meyer N. 8c, Oppenh. N. 21, v. Schwarze N. 18 u. GS. 14 401, Gretener Begünstgg. S. 177, Waldthausen G. 29 408.

16) Der Charakter der einzelnen im § 259 bezeichneten Hdlgen (N. 8—15) läßt dahin sich bezeichnen, daß der Hehler dadurch zu einer mittels einer strafb. Hdlg. erlangten Sache in eine unmittelbare Beziehung tritt, deren Zweck dahin geht, die durch das Delikt

bezüglich der Sache geschaffene widerrechtliche Vermögenslage aufrecht zu erhalten, und folglich dem früheren berechtigten Inhaber deren Wiedererlangung zu erschweren oder unmöglich zu machen; Binding Normen 2 573, v. Liszt S. 506, Gretener Begünstgg. S. 174, Meves StRZ. 13 521. Es stehen demnach nur Modalitäten derselben strafb. Hdlg. in Frage und ist deshalb eine alternative Feststellung zulässig (§ 47 N. 29); RG. II 20. Dez. 81 R. 3 813.

Der Partirer hat es hiernach nur mit der Sache selbst (N. 5), welche durch eine strafb. Hdlg. erlangt wurde, nicht mit dieser letzteren zu thun; Billnow Raub S. 78. Die strafb. Hdlg. tritt zurück; das gilt selbst für den Fall des „Mitwirkens zum Absatze", wenn auch hier ein Zusammenwirken des Thäters mit dem Hehler nach demselben Ziele hin stattfindet (N. 14); vgl. jedoch Meves StRZ. 13 490 u. Geyer GS. 27 378. Partirerei ist daher nur denkbar an einer mit einem Mangel hinsichtlich der Art der Erlangung behafteten Sache; ein sog. vitium rei inhaerens ist unbedingt erforderlich, weil die Partirerei, d. h. die Aufrechterhaltung einer hinsichtlich der Sache geschaffenen rechtswidrigen Vermögenslage, bei dem begriffsmäßigen Zurücktreten der That garnicht anders möglich ist, als wenn die Hdlg. des Hehlers mit der Sache und der ihr anklebenden Eigenschaft sich in Verbindung setzt; so namentl. v. Schwarze GS. 24 371; vgl. aber auch die N. 5_2 u. 17_2 citt. Entsch.

17) Die Ausführungen in N. 16 stehen der Annahme einer Partirerei in Fällen, wo mittels der „strafbaren Handlung" das Eigenthum erlangt worden war, keineswegs unbedingt entgegen (N. 4, 5); denn in allen Fällen, wo der die Sache Erlangende, wie z. B. durch einen Betrug, nur ein formales Eigenthumsrecht an derselben erwarb, das materiell ein rechtmäßiges nicht ist und folglich einer Anfechtung unterliegt, haftet der Sache zweifellos ein Mangel hinsichtlich des Erwerbes an, der sie als geeignetes Objekt erscheinen läßt; so die GM., insbs.: RG. II 27. Sept. 81 E. 4 440, Merkel HH. 3 745 N. 5, 4 429.

Wurde dagegen durch eine strafb. Hdlg. in dem N. 5 erläuterten S. mit der Erlangung der Sache zugleich das rechtmäßige Eigenthum an derselben erworben, so kann dieselbe einen Gegenstand der Partirerei nicht abgeben; eine widerrechtliche Vermögenslage ist alsdann durch ihre Erlangung nicht geschaffen, eine Aufrechterhaltung einer solchen folglich nicht möglich; eine Befassung mit der Sache, welcher, wie die Unanfechtbarkeit des Eigenthums des dieselbe Erlangenden unwiderleglich beweist, ein Erwerbsmangel nicht anklebt, seitens eines Dritten mittels einer der im § 259 bezeichneten Hdlgen kann niemals strafbar sein; zur Annahme einer Strafbarkeit fehlt jeglicher innere Grund, derartig, daß demgegenüber eine Berufung auf den Wortlaut des § 259 garnicht ins Gewicht fallen kann. Hiernach liegt Partirerei namentl. auch dann nicht vor, wenn bei einer rechtmäßigen Eigenthumserwerbung, z. B. durch Erlegung von Wild auf eigenem Jagdrevier oder durch Einsammeln von Beeren mit Erlaubniß des Waldeigenthümers, polizeiliche Strafvorschriften, z. B. über Schonzeiten, verletzt werden; ebensowenig, wenn die Sachen durch Bettelei, oder Geld durch gewerbsmäßige Unzucht erlangt waren, weil der — nicht betrügerische — Bettler sowie die Lohnhure unbedenklich rechtmäßiges Eigenthum erwerben. So: RG. BStS. 17. Apr., I 9. Okt. 82, III 11. Dez. 84, E. 6 218, 7 91, 11 342, I 22. Juni 82 R. 4 600, Berlin 24. Mai 76, 25. Juni 79, St. 6 321, O. 20 314, Binding Normen 2 574, Geyer 2 77, Hälschner 2 889, Merkel S. 327 u. HH. 4 429, Rüd.-St. N. 6, Gretener Begünstgg. S. 173, 183, Waldthausen G. 29 404. AM.: cit. RG. 27. Sept. 81, Dresden 23. Okt. 74 St. 5 97.

18) Während in dem N. 17_2 bezeichneten Falle von einem vitium rei inhaerens überhaupt niemals die Rede war, kann dieses in anderen Fällen zwar vorhanden gewesen, aber geheilt sein, womit alsdann die Möglichkeit, daß in Bezug auf die Sache eine Partirerei begangen werden könne, weggefallen ist. So wird der der Sache anhaftende Mangel jedenfalls aufgehoben, wenn die Sache in das Vermögen des Berechtigten wieder zurückgekehrt ist, wenn der Beschädigte z. B. in Folge einer Entschädigung der durch das Delikt geschaffenen Vermögenslage seine Zustimmung ertheilt, wenn die Sache von einem gutgläubigen Besitzer ersessen worden ist; so: Hälschner 2 890, Merkel S. 327 u. HH. 4 430, H. Meyer S. 760, Rüd.-St. N. 16, Binding Normen 2 574, Gretener Begünstgg. S. 172 ff.; aM. v. Buri GS. 29 50.

Streitig ist die Frage, ob das vitium rei inhaerens dadurch geheilt werde, daß Jemand den Besitz der Sache bona fide erlangte. Diese Frage ist zu verneinen, weil die durch das Delikt geschaffene widerrechtliche Vermögenslage durch die Gutgläubigkeit des einen Erwerbers nicht aufgehoben wird, vielmehr nur diesen wegen fehlenden Vorsatzes (N. 21—25) eine Schuld hinsichtlich der Aufrechterhaltung des Zustandes nicht trifft. So: **RG.** I 13. Okt. 81, II 20. Juni 84, R. **3** 622, **6** 451, Geyer **2** 78, Hälschner **2** 890, Merkel HH. **3** 746, **4** 429, H. Meyer S. 760, F. Meyer N. 4, Binding Normen **2** 841, v. Buri, Gretener aO., Waldthausen G. **29** 405. AM.: Dresden 8. Feb. 75 St. **5** 369, Oppenh. N. 8, v. Schwarze N. 7 A. 1, 9 u. GS. **24** 393, Villnow Raub S. 97.

19) Wegen des im Falle des § 259 einen Theil des Thatbestandes bildenden Merkmals „seines Vortheils wegen" vgl. die Ausführungen in den N. 38, 39 zum § 257, wo dasselbe als straferhöh. Umst. in Betracht kommt. Damit übereinstimmend ist in der Praxis ein Handeln „seines Vortheils wegen":

I. angenommen: bei demjenigen, der durch Mitverzehren gestohlener Eßwaaren (sofern hierin überhaupt ein Ansichbringen zu finden ist) einen einmaligen sinnlichen Genuß sich verschaffen will; so die N. 13a citt. **RG.**; bei einem Gläubiger, der von einem unsicheren Schuldner in Anrechnung auf die Schuld gestohlene Waaren sich geben läßt; Berlin 26. Juni 72 O. **13** 371; bei der Annahme einer Sache zum Geschenk; vgl. N. 12a und das das. cit. Jena;

II. verneint: bei der Zurpfandnahme gestohlener Sachen für ein lediglich im Interesse des Darlehnsuchers gegebenes Darlehn, zumal wenn dasselbe ein zinsfreies ist; Dresden 23. Apr. 77 St. **7** 326;

während mit Recht die bloße Thatsache, daß eine Sache „weit unter dem Werthe" angekauft ist, zur Bejahung jenes Momentes für unzureichend erachtet wurde; **RG.** I 21. Feb. 81 R. **3** 61.

20) In einzelnen besonders gearteten Fällen ist streitig geworden, ob ein Handeln „seines Vortheils wegen" angenommen werden dürfe:

a) Wenn ein Kaufmann Sachen zu denjenigen Preisen ankauft, die er für solche Sachen regelmäßig giebt, insbs. also zum Marktpreise, folgeweise nur den Gewinn zu erzielen hofft, den ein Kaufmann beim Wiederverkauf zu machen pflegt, so handelt er dennoch „seines Vortheils wegen"; so: **RG.** II 28. Mai 80, I 31. Jan. 81, R. **1** 830, **2** 772, Berlin konstant, insbs. 1. Mai, 25. Sept. 73, St. **3** 69, O. **14** 579, Oppenh. § 257 N. 21, Simonson Vortheil S. 20; aM., unter Berufung auf v. Schwarze GS. **14** 387, 392 (vgl. § 257 N. 38), Meves StRZ. **13** 456 N. 1, 501, weil der Vortheil hier nicht durch den, den Thatbestand der Hehlerei bildenden Ankauf, sondern durch den Verkauf gesucht werde; allein da letzterer nicht ohne jenen möglich ist, so liegt der erforderliche Zusammenhang zwischen der betreffenden Hdlg. und dem Suchen des Vortheils vor.

b) Selbst dann, wenn der Käufer für die Sache bewußter Weise das volle Aequivalent bezahlte, seine Absicht auch garnicht dahin ging, gerade an der angekauften Sache einen Vortheil zu machen, so liegt jenes Moment dennoch vor, wenn nur überhaupt die Absicht obwaltete, mittels des Ansichbringens der Sache einen Vortheil zu erwerben, also z. B. weitere Lieferungen zu veranlassen und für diese billigere Preise zu zahlen; so: **RG.** I 6. Dez. 80 E. **3** 167, Geyer **2** 78, Rüd.-St. N. 4, Oppenh. N. 3, Simonson aO. S. 24; aM. Berlin 13. Juni 77 St. **7** 327, die Gleichwerthigkeit des gegebenen Aequivalentes entziehe dem Handeln „seines Vortheils wegen" die thatsächliche Unterlage.

c) Die Annahme des täglichen Unterhalts (sofern in derselben überhaupt ein Ansichbringen zu finden ist) ist je nach Umständen ein Handeln „seines Vortheils wegen" oder nicht; angenommen ist dasselbe in den N. 13b citt. — von Meves StRZ. **13** 502 gebilligten — Entsch. Dresden u. Berlin; ebenso von Berlin 15. Juni 75 O. **16** 443 in einem Falle, wo eine Ehefrau in der Absicht gehandelt hatte, das Fleisch seitens ihres Ehemannes gestohlener Schafe in ihrer gemeinschaftlichen Wirthschaft zu verwenden. Doch muß gerade die Handlungsweise einer Ehefrau gegenüber ihrem Ehemanne einer konkreten Beurtheilung unterliegen, weil diese in ihrer abhängigen Stellung nicht immer in der Lage sich befindet, die ihr von ihrem Ehemanne gebotenen, wenngleich unredlich erworbenen Mittel zurück-

zuweisen, und sie auch Veranlassung hat, in der Gewährung nicht sowohl einen ihr gebotenen Vortheil als vielmehr die Erfüllung der dem Ehemanne für die Erhaltung der Familie obliegenden Verpflichtung zu sehen; RG. III 15. Jan. 81 R. 2 728, Meves aO., v. Schwarze GS. 24 387; vgl. auch Dresden 26. Juni 71 St. 1 93. Gegen jene juristische Begründung jedoch Gretener Begünstgg. S. 188 u. Simonson aO. S. 21.

21) Der Hehler muß „wissen oder den Umständen nach annehmen", daß die Sachen, welche er verheimlicht ꝛc., mittels einer strafb. Hdlg. erlangt sind. Es erwies sich, wie die Motive hervorheben, die durch die §§ 237, 238 des PrStGB. „nicht vorgesehene Bestimmung, daß zur strafb. Hehlerei es schon genüge, wenn der Thäter den Umständen nach annehmen mußte, (sic! im § 259 selbst steht „muß"), es seien die in Rede stehenden Sachen durch eine strafb. Hdlg. erlangt, aus praktischen Gründen als geboten". Nach Rubo N. 4 und Rüd.-St. N. 9 soll das RStGB. hierbei dem Entw. eines StGB. für Bremen gefolgt sein; nun sprechen zwar sowohl die Motive zum Art. 138 (§§ 439—443) des älteren von Rubo — als auch die Motive zum Art. 131 (§§ 414—418) des neueren, von Rüd.-St. benannten Entw. v. 1868 ausdrücklich von einer „fahrlässigen Partirerei", wobei es für selbstverständlich erklärt wird, daß der Richter diese in der Regel nur einem „Vergehen" (d. h. i. S. des RStGB. einer „Uebertretung") gleich bestrafen werde. Dennoch muß die Annahme für ausgeschlossen erachtet werden, daß im RStGB. durch eine und dieselbe Strafandrohung sowohl eine vorsätzliche wie eine fahrlässige Hdlg. habe getroffen werden sollen. Nur bei den Polizeidelikten und allenfalls bei den Gefährdungsdelikten (vgl. Th. I Abschn. 4 N. 4₂) ignorirt das StGB. jenen fundamentalen, zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit bestehenden Unterschied, während kein einziges Beispiel dafür sich findet, daß der Thatbestand eines Verletzungsdeliktes unterschiedlos vorsätzliches und fahrlässiges Handeln begreife. Im vorliegenden Falle würde ein solches Vorgehen im Hinblick auf § 261 völlig verwerflich erscheinen und ist, selbst wenn bei Aufstellung des Entw. des RStGB. ein Anschluß an die Auffassung des Entw. eines StGB. für Bremen vorgeschwebt haben sollte, nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber als solcher, d. h. der übereinstimmende Wille der gesetzgebenden Faktoren des Reichs, im § 259 einen Deliktsthatbestand aufstellen wollte, der durch Vermischung von vorsätzlicher und fahrlässiger Hdlg. dem juristischen Gefühl vollständig ins Gesicht schlagen würde. Die Motive gedenken auch des Entw. eines StGB. für Bremen garnicht; sie heben nur die Nothwendigkeit einer „praktischen" Lösung der Frage hervor, wozu die Aufstellung einer „Beweisregel" vorzugsweise geeignet ist; allerdings verwirft die Theorie im Strafrecht die Aufstellung von Präsumtionen (vgl. jedoch Binding 1 590 f.) — allein bezüglich der „Beweisfrage" enthält das StGB. schon an anderen Stellen (vgl. §§ 190, 361[8]) eine auf „praktischer" Rücksicht beruhende Ausnahme und das juristische Gefühl findet leichter mit der Aufstellung einer formellen, thatsächlich fast ausnahmslos richtigen Beweisregel sich ab, als mit einem gegen den fundamentalsten Grundsatz des materiellen Rechtes verstoßenden Deliktsthatbestande. Dies um so mehr, als in jenem Falle der nachweisbare gute Glaube an das ehrliche Erlangtsein der Sache unter allen Umständen eine Verurtheilung aus § 259 ausschließt, mag auch der die Sache an sich Bringende die ihm bekannten verdächtigenden Umstände garnicht in Betracht gezogen oder unrichtig beurtheilt haben, sich also, wenn er „den Umständen nach annehmen mußte, daß die Gegenstände mittels einer strafb. Hdlg. erlangt waren", einer Fahrlässigkeit — und zwar einer groben — schuldig gemacht haben. Denn handelt es sich, wie anzunehmen, um eine bloße Beweisregel, welche dem Richter ausdrücklich gestattet, auf Grund der die That begleitenden Umstände ohne Weiteres zu schließen, daß dem Hehler der strafb. Erwerb nicht unbekannt geblieben sei, so kann die Regel selbstverständlich keine Anwendung erleiden, sobald positiv der gute Glaube des Erwerbes einer mit einem vitium behafteten Sache erwiesen ist; es ist demnach eine widerlegliche Präsumtion der dolosen Verschuldung aufgestellt; so namentl.: RG. II 29. Sept. 82, 22. Dez. 85, E. 7 85, R. 7 752 (das Gesetz habe nicht neben dem Dolus die Fahrlässigkeitsstrafen oder neben dem Dolus und der Fahrlässigkeit eine neue, weder mit dem einen noch der anderen sich vollkommen deckende Schuldform schaffen wollen), Berlin 7. März 78 O. 19 116, Hälschner 2 893, Löning S. 30, F. Meyer N. 6, Villnow Raub S. 102, Lucas Subj. Verschuldg. S. 116, Bruck Fahrlässigkeit

S. 46, auch wohl Rüd.-St. N. 9. Dieser Ansicht stehen zunächst: Binding Grundr. S. 94 u. Normen 2 620, Gretener Begünstgg. S. 182, Meves StRZ. 13 510 u. Oppenh. N. 10, welche annehmen, daß das Gesetz mit den Worten „weiß oder annehmen muß" die beiden im Leben gleich häufigen Fälle des Vorsatzes einander gleichstelle, nämlich die positive Kenntniß von dem vitiösen Ursprung der Sachen und die dem Hehler sich aufdrängende Nöthigung der Annahme, die Sachen seien durch eine strafb. Hdlg. erlangt; daß der Erwerber der Sache diesen Schluß wirklich gezogen habe, müsse als erwiesen erachtet werden, wenn die Annahme der Partirerei gerechtfertigt erscheinen solle; ähnlich Schmid Präsumtionen S. 66.

AM. sind dagegen einerseits: v. Schwarze N. 8a u. GS. 24 394, Waldthausen G. 29 408, v. Kirchmann N. 1, auch Schütze S. 461 N. 14, welche, mit gewissen Modifikationen, in dem Ausdruck „annehmen muß" eine Hervorhebung des dolus eventualis finden. Allein mit Unrecht; denn, wenn auch nicht zu bezweifeln ist, daß dem im „Wissen" — in Verbindung mit dem „Wollen" — sich ausprägenden Dolus hier, wie überall, wo das Gesetz nicht klar das Gegentheil ergiebt, der eventuelle Dolus gleichzuachten ist (vgl. das cit. RG. 29. Sept. 82), so handelt doch derjenige, welcher das vitium rei inhaerens weder kennt, noch für möglich hält, so wenig mit direktem wie mit indirektem Dolus, mögen auch die begleitenden Umstände noch so sehr auf die Vitiosität der Sache hindeuten (Bruck aO. S. 46 N. 1); jene im Gesetze gebrauchte Wendung würde also, wenn sie nur auf den dolus eventualis Bezug hätte, einerseits überflüssig, andererseits unzutreffend sein. AM. sind ferner diejenigen, welche annehmen, daß im § 259 außer der vorsätzlichen Hdlg. auch eine fahrlässige mit Strafe bedroht werde, sei es, daß jede Fahrlässigkeit für ausreichend erachtet (v. Buri GS. 29 51, Merkel S. 327, H. Meyer S. 306, 761, Rubo N. 4), sei es, daß „culpa lata" erfordert (RG. III 28. Apr. 80 E. 2 140, II 30. Sept. 81 R. 3 567, Merkel HH. 3 747, 4 430), sei es endlich, daß nur ein „ganz bestimmter Fall des fahrlässigen Verhaltens" für strafbar angesehen wird, nämlich wenn der Thäter die Provenienz der verhehlten Sache nicht kannte, während die fahrl. Nichtkenntniß anderer Thatumstände, z. B. Nichtwissen, daß man zum Absatze mitwirke, die Bestrafung nicht zur Folge haben würde (so v. Liszt S. 507, 188, der Sache nach auch Waag GS. 34 257 sowie annähernd Geyer 1 118, die Umstände müßten so liegen, daß sie zur Erwägung der Vitiosität der Sachen drängten).

22) Die Frage, ob eine alternative Feststellung hinsichtlich des „weiß oder annehmen muß" zulässig sei, muß nach den Ausführungen in N. 21 bejaht werden (§ 47 N. 29); RG. II 14. Mai 80 R. 1 777, Berlin 12. Feb. 73, 8. Nov. 76, 7. März 78, O. 14 128, 17 720, 19 116, Oppenh. N. 10, Rüd.-St. N. 11, v. Schwarze N. 8.

23) Der Hehler muß wissen oder den Umständen nach annehmen, daß „die Sachen mittels einer strafbaren Handlung erlangt sind."

Die GM. ist darüber einverstanden, daß die Kenntniß, mittels welcher strafb. Hdlg. die Sachen erlangt seien, zu den subjektiven Merkmalen der Partirerei ebensowenig gehöre wie die Kenntniß des Thäters, der Art, der näheren Einzelheiten und Umstände der Strafthat; so namentl.: RG. III 31. Jan. 80 E. 1 180, I 5., 8. Apr. 80, II 4. Okt. 81, R. 1 537, 538, 3 529, Berlin 1. Apr. 73, Dresden 3. Nov. 71, 23. Okt. 74, 8. Feb. 75, München 19. Apr. 75, St. 2 327, 1 189, 5 97, 369, 98.

Uebrigens muß der Hehler, und zwar bereits zur Zeit der Vornahme der btr. Hdlg., wissen 2c., daß die Sachen mittels der strafb. Hdlg. „erlangt sind"; so die GM., insbs.: RG. II 28. Mai 80, 19. Okt. 83, E. 2 69, R. 5 616 (der Dolus des Ansichbringenden müsse die Eigenschaft der Sache bei seinem auf den Erwerb gerichteten Entschlusse bereits mit umfassen), Stuttgart 23. Dez. 74, Berlin 17. Mai 76, St. 4 379, 6 83. Erachtet deshalb der Käufer dafür, daß eine gestohlene Sache gefunden sei und erst durch den Verkauf vom Finder unterschlagen werde, so liegt Mangels subjektiven Thatbestandes keine Partirerei und Mangels objektiven keine Theilnahme an einer Unterschl. vor (vgl. § 246 N. $25_{4,5}$); so Oppenh. N. 11; aM.: Schaper HH. 2 204 N. 8, F. Meyer N. 7, welche annehmen, daß auch im Falle des Verkaufs einer gefundenen Sache die Unterschl. bereits vollendet sei (vgl. dagegen jedoch § 246 N. $25_{2,3}$) und daß der Hehler „sich nur in der Natur der bereits

vollendeten Hdlg. irre" (Schaper) bzw. „die Unterschl. als vollendet ansehen mußte" (Meyer). Wegen des umgekehrten Falles vgl. o. N. 6_3.

24) Mit dem eben N. 23_3 erörterten Punkte hängt die Frage nach dem Einflusse der mala fides superveniens zusammen; für die Entscheidung derselben kommt jedoch noch in Betracht, daß die Partirerei bestimmte positive Hdlgen erfordert (N. 8, 10c), sowie daß das sog. vitium rei inhaerens durch eine bonae fidei possessio nicht geheilt wird (N. 18_2). In Berücksichtigung dieser Momente erscheint die mala fides superveniens zur Begründung der Partirerei allerdings genügend, sofern nur in Verwirklichung ihrer eine der durch § 259 erforderten Hdlgen vorgenommen wird. So: Stuttgart 23. Dez. 74 St. **4** 379, Binding Normen **2** N. 84_1, Hälschner **2** 894, Rüd.-St. N. 12, v. Buri GS. **29** 61, Gretener Begünstgg. S. 178, Waldthausen G. **29** 409. AM.: Merkel HH. **3** 747 N. 20, Schütze S. 462 N. 15, F. Meyer N. 9, Oppenh. N. 12, Puchelt N. 3, Rubo N. 8, v. Schwarze N. 7 u. GS. **24** 402.

25) Der Dolus erfordert, abgesehen von dem „Wissen des Umstandes, daß die Sachen mittels einer strafb. Hdlg. erlangt sind" (N. 21—24), den bewußten Willen des Thäters, durch eine der im § 259 bezeichneten Hdlgen die durch das Delikt eines Dritten geschaffene widerrechtliche Vermögenslage aufrechtzuerhalten (N. 16); demgemäß kann von der Partirerei keine Rede sein, wenn Jemand im Interesse des Beschädigten selbst die von diesem durch eine strafb. Hdlg. erlangte Sache an sich bringt; Hälschner **2** 894, Binding Normen **2** 575, Gretener Begünstgg. S. 179. Mit Recht folgern die beiden letzteren und ähnlich Waldthausen G. **29** 409 weiter, daß Partirerei nicht vorliege, wenn der Erwerber der Sache, sei es auch irrthümlich, annimmt, daß die widerrechtliche Vermögenslage auf irgend eine Weise legalisirt sei. Unter dieser Voraussetzung kann selbst die auf einem Rechtsirrthum (vgl. o. N. 18_2 u. § 59 N. 30 ff.) beruhende Annahme, daß „der Durchgang der Sache durch die Hände eines bonae fidei possessor ihr den Makel des Ursprungs nehme", den Dolus bei der Partirerei ausschließen; so ausdrücklich Binding aO.; vgl. jedoch RG. I 13. Okt. 81 E. **5** 58, welches für den Schuldausspruch gegen den der Partirerei Angeklagten es ohne rechtliche Bedeutung erachtet, ob er denjenigen, welcher ihm die Sachen überbrachte, als in gutem oder bösem Glauben befindlich betrachtete.

26) Jeder einzelne der im § 259 bezeichneten Hdlgen bringt den Thatbestand der Partirerei derartig zur Vollendung, daß mit der Vornahme einer anderen Hdlg. bezüglich derselben Sache, z. B. einer Mitwirkung zum Absatze bei anderen nach vorheriger Verheimlichung, das Verg. der Partirerei nicht noch einmal verübt werden kann; die Beziehung aller Hdlgen auf dasselbe Objekt — die durch eine strafb. Hdlg. erlangte Sache — faßt alle solche Einzelakte zu einer strafb. Hdlg. zusammen und begründet eine juristische Einheit (vgl. § 73 N. 5b); so: RG. I 15. März 80 E. **1** 279 (btr. einen Fall, in welchem gestohlene Gegenstände im Ausl. mit dem Bewußtsein des Diebst. angekauft waren, demnächst aber im Inl. eine Mitwirkung zur Weiterveräußerung erfolgte), Geyer **2** 78, v. Liszt S. 507, Oppenh. N. 23, v. Schwarze N. 12.

Die Annahme einer Realkonk. (§ 74) verschiedener Fälle der Partirerei darf übrigens nicht lediglich darauf gestützt werden, daß die gehehlten Gegenstände mittels verschiedener strafb. Hdlgen erlangt waren; Berlin 13. Juli 76 O. **17** 516.

27) Was das Verhältniß der Partirerei zu der strafb. Hdlg. betrifft, mittels welcher die verhehlten Sachen erlangt waren, so ist hier ebenso wie bei der Begünstgg. (§ 257 N. 27) streitig, ob ein Theilnehmer an der strafb. Hdlg. auch der Partirerei in Bezug auf Sachen, welche von anderen Theilnehmern durch dieselbe Strafthat erlangt wurden, sich schuldig machen könne, und ev. ob Ideal- o. Realkonk. (§§ 73, 74) stattfinde. Auch hier ist die prinzipielle Frage mit Rücksicht auf die selbständige Natur der Partirerei zu bejahen, bezüglich der Anstifter und Gehülfen zu der strafb. Hdlg. unbedingt, bezüglich der Mitthäter selbstverständlich nur unter der Voraussetzung, daß eine körperliche Vertheilung der durch die Strafthat erlangten Sachen bereits stattgefunden hat. Ob dabei ideale oder reale Konk. anzunehmen, hängt, wie bei der Begünstgg., von den Umständen ab. So im wesentlichen die GM., insbs. btr. der Anstifter u. Gehülfen: RG. II 30. Dez. 81, 19. Juni 83, 25. März 84, E. **5** 282, **8** 370, R. **6** 219 (letzteres unter der Voraussetzung

der zeitl. u. örtl. Trennung beider strafb. Hdlgen selbst für den Fall, daß die Anstiftung durch das Versprechen der Abnahme der zu stehlenden Sachen geschah), III 24. März 87 R. 9 193, I 4. Juli 89 E. 19 354, Berlin 27. Sept. 76, 15. Juni 79, St. 6 316, O. 20 30, Merkel HH. 3 745, Schütze S. 462 N. 15, Oppenh. N. 2, Gretener Begünstgg. S. 187, speziell auch btr. d. Mitthäters, falls s. Vortheil mehr betrage, als der ihm an den gestohlenen Sachen zufallende „natürliche Vortheil", Kohler Studien 1 119. AM.: v. Liszt S. 508, F. Meyer N. 12, v. Schwarze N. 19 u. GS. 24 391, v. Kries ZfStRW. 7 565 ff., insbs. btr. der Mitthäter: Berlin 27. Sept. 76 St. 6 316, Oppenh. N. 2, während ROHG. 20. Nov. 76 G. 25 235 eine Konk. zwar als möglich, aber für die Straffrage als gleichgültig erklärt.

28) Eine Idealkonk. (§ 73) zwischen der Partirerei und der Begünstgg. bzw. der Personenhehlerei ist für ausgeschlossen zu erachten; aus der Stellung des § 259 gegenüber den §§ 257, 258 erhellt, daß der Gesetzgeber bei Aufstellung des Thatbestandes der Partirerei von dem Gedanken ausgegangen sein muß, daß die Absicht einer Begünstgg. der an der strafb. Hdlg. betheiligten Personen nicht obwalte (vgl. o. N. 16); handelt es sich hierum, so greifen die §§ 257, 258 Platz. So: Stuttgart 4. Sept. 74 (btr. §§ 258[1], 259), Dresden 28. Jan. 76 (btr. §§ 257, 259), St. 4 182, 6 315, Binding Normen 2 572, 575, v. Liszt S. 506 f., Villnow Raub S. 76 f., 101, Gretener Begünstgg. S. 110, 125 ff. AM einerseits: Oppenh. N. 1, v. Schwarze GS. 24 370 f., 391, Rethwisch Begünstgg. S. 55 u. Waldthausen G. 29 389, welche Idealkonk. für möglich halten, andererseits Hälschner 2 888 u. v. Buri GS. 29 40 ff., welche einen wesentlichen Unterschied zwischen Begünstgg. u. Partirerei überhaupt leugnen, indem diese ohne jene nicht denkbar sei; v. Buri erachtet deshalb den § 259 für überflüssig, während derselbe nach Hälschner nur dadurch praktischen Werth hat, daß er zur Anwendung komme, wo § 257 unanwendbar, weil das Vordelikt kein V. o. V. sei.

Die Möglichkeit einer Realkonk. (§ 74) kann dagegen nicht zweifelhaft sein.

Im übrigen ist § 370[3] zu vergleichen.

29) Die Hauptstrafe ist Gefängniß von 1 T.—5 J. (§ 16). Wegen der Nebenstr. vgl. § 262.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Wegen der Zuständigkeit vgl. Abschn. 21 N. 2_2. Gehört die Handlung, auf welche die Hehlerei sich bezieht, nicht zur Zuständigkeit der **SchöffenG.**, so ist zuständig **Strafk.** bzw. **SchöffenG.**; GVG. §§ 73[1], 75[9].

§. 260.

Wer die Hehlerei gewerbs- oder gewohnheitsmäßig betreibt, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft.

PrStGB. § 239. Entw. I § 235, II § 255.

1) Nach § 260 bildet das „gewerbs- oder gewohnheitsmäßige Betreiben der Hehlerei" einen straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 (**RG.** II 20. Mai 81, IV 8. Okt. 86, E. 4 184, 14 356) und zwar für beide Fälle der Hehlerei (§§ 258 259); so die GM., während v. Buri GS. 29 44 zweifelhaft ist, ob § 260 auf § 258 sich mit beziehe. Wie im § 260, so treten auch im § 302d die Gewerbsmäßigkeit und die Gewohnheitsmäßigkeit des Handelns elektiv nebeneinander.

In beiden §§. deutet übrigens das Gesetz durch den Ausdruck „Betreiben" (vgl. auch: § 180 i. V. mit § 181, § 294 sowie „Treiben" im § 361[6]), ähnlich durch das „ein Gewerbe machen" im § 284, in nicht mißzuverstehender Weise auf die juristische Einheit der etwa vorliegenden mehreren Akte des gewerbs- o. gewohnheitsmäßigen Handelns hin (vgl. § 73 N. 5d, 7b); Binding 1 551 N. 13, Bünger ZfStRW. 8 685. Trotzdem wird die Natur dieser sog. Kollektivdelikte von den N. 14b zum § 73 benannten Gegnern der GM. völlig verkannt. Auch im § 150 wird zwar nicht dem Wortlaute, zweifellos aber der Sache nach ein „gewohnheitsmäßiger Betrieb" vorausgesetzt.

Wegen „Geschäftsmäßigkeit" vgl. übrigens § 144 N. 1.

2) „Gewerbsmäßig" ist ein Betrieb als „ständige Einkommensquelle"; Goldschmidt HandelsR. 2. Aufl. 1 454. Der gewerbsm. Betrieb erfordert daher die Absicht des Handeln-

ben, eine fortgesetzte, wenn auch nur gelegentliche, nicht dauernde oder regelmäßige, auf Erlangung von Vermögensvortheilen (§ 263 N. 43) oder Erwerb gerichtete Thätigkeit auszuüben (vgl. CPO. § 372); so wesentlich übereinstimmend die GM., insbs.: RG. III 24. Apr. 80 R. 1 654, II 20. Mai 81, 29. Sept. 85, 1. Nov. 81, IV 9. Dez. 87, E. 4 184, R. 3 669, 9 714, Berlin OTr. 1. Dez. 71 O. 12 601, KG. 3. Feb. 90 Jahrb. 10 188, Wolfenbüttel 1. Juni 78 St. 8 313, ferner u. A.: Binding 1 549, Dochow HRl. „G. u. G. B." u. G. u. G. B. S. 56, Hälschner 1 545, Merkel HH. 3 749, v. Lilienthal Kollektivdel. S. 3, 19. Das fortgesetzte Vorhandensein einer auf einen Vermögensvortheil gerichteten Absicht erfüllt deshalb den Begriff nicht; vielmehr muß die Absicht, wenn auch selbst nur einmal vorhanden, auf ein fortgesetztes Handeln zum Zwecke des Erwerbes gerichtet sein; cit. RG. 9. Dez. 87. Jene hiernach erforderliche Absicht liegt namentl. auch dann vor, wenn die Absicht nicht auf den Erlös aus dem Verkaufe der durch die strafb. Hdlgen erlangten Gegenstände, also auf die Erzielung von Geld, geht, sondern vielmehr dahin, unmittelbar durch die Gegenstände seinen und der Seinigen Lebensunterhalt zu beschaffen; RG. III 16. Okt. 80, 25. März 82, 24. Jan. 87, R. 2 336, 4 280, 9 90 (btr. § 294). Eine zum Theil abweichende Ansicht vertreten Dresden 21. Juli 73 St. 3 121 u. Blum N. 1 insofern, als sie verlangen, daß die Absicht dahin gehen müsse, wenigstens einen Theil seines Lebensunterhaltes aus der fortgesetzten Thätigkeit zu ziehen.

Ein gewerbsmäßiger Betrieb wendet sich an das Publikum, wenn auch vielleicht nicht unbeschränkt, sondern nur an gewisse Klassen desselben, muß aber jedenfalls nach Absicht des Betreibenden über einen individuell abgeschlossenen Personenkreis hinausgehen sollen (so namentl. im Falle des § 361[6]); so: cit. Dresden, Merkel HH. 4 431, v. Buri GS. 29 53 u. speziell btr. § 361[6]: v. Kirchmann § 361 N. 6, Rotering § 361 N. 6$_3$..

3) „Gewohnheitsmäßig" ist ein Betrieb, welcher einem durch Uebung ausgebildeten, bewußten oder unbewußten, Hange zur wiederholten Vornahme der fraglichen Handlung gleicher Art entspringt; so wesentlich übereinstimmend die GM., insbs.: RG. II 24. Jan. 82 E. 5 369, IV 9. Dez. 87 R. 9 714, Wolfenbüttel 22. Feb. 76 St. 6 258, Binding 1 550, Dochow HRl. „G. u. G. B." u. G. u. G. B. S. 66, Hälschner 1 543, Merkel S. 327 u. HH. 3 749, Wahlberg Kl. Schriften 1 141, Olshausen Vorbestr. S. 127, Villnow Raub S. 104.

4) Die Gewerbs- und die Gewohnheitsmäßigkeit sind nach den in N. 2 u. 3 gegebenen Definitionen persönliche Eigenschaften des die btr. Handlung Betreibenden i. S. des § 50 (das. N. 4 I f, g).

5a) Die Gewerbsmäßigkeit erfordert nicht nothwendig mehrere Einzelhdlgen, weil dieselbe durch die auf die Fortsetzung gerichtete Absicht ihr charakteristisches Merkmal erhält (N. 2). Deshalb kann zur Annahme dieses Merkmals ein Einzelfall genügen. So die GM., insbs.: RG. II 29. Sept. 85, 28. Juni, 1. Nov. 81, III 25. Jan. 83, E. 12 388, R. 3 442, 669, 5 59, Berlin 16. Jan. 73 O. 14 52, Wolfenbüttel 1. Juni 78 St. 8 313. AM. einerseits: Dresden 23. Juni 73, Mannheim 14. Juli 77, St. 3 136, 8 276, Rubo § 67 N. 11 u. v. Buri GS. 29 55, die eine Mehrheit von Fällen zur Herstellung des Begriffs der Gewerbsmßgkt. erfordern, andererseits Hälschner 1 545, nach welchem zwar eine Hdlg. „unter Umständen" zur Herstellung des Begriffs, nicht aber zur Bestrafung ausreichen soll, weil der Grund dafür „nur der bethätigte verbrecherische Hang" sein könne, der erst in einer Mehrheit von Hdlgen sich bewähre.

b) Die Gewohnheitsmäßigkeit erfordert dagegen begrifflich (N. 3) eine Mehrheit von Einzelhdlgen. Eine andere Frage aber ist, ob die Verurtheilung wegen eines gewohnheitsm. Verbr. die Feststellung der Verübung mehrerer konkreter Einzelhdlgen, die sämmtlich den Charakter der Gewohnheitsmßgkt. an sich tragen, erfordere; diese Frage wird zu verneinen sein; denn wenn der Richter einen zur Anklage gestellten konkreten Fall für erwiesen erachtet, so ist er nach den prozessual. Beweisregeln nicht behindert, den gewohnheitsm. Charakter dieser Einzelhdlg. auf Grund gewisser Indizien, die die Annahme wiederholter Begehung rechtfertigen, für nachgewiesen anzusehen, selbst wenn die konkrete Vornahme anderer gleichartiger Einzelhdlgen nicht sollte haben festgestellt werden können; so: Oppenh. § 150 N. 3, v. Lilienthal Kollektivdel. S. 49; aM.: Binding 1 550, Hälschner 1 545, Merkel HH. 3 225.

6a) Wenn das gewerbsmäßige Verbr. mehrere Einzelhdlgen nicht nothwendig erfordert (N. 5 a), so reicht doch die Thatsache des Verkaufs der durch eine einzelne Hdlg. erworbenen Sache nicht aus, um daraus auf die Gewerbsmßgkt. der Hehlerei zu schließen; Berlin 16. Jan. 73 O. 14 52. Selbst der Nachweis einer Mehrzahl von Fällen der H. genügt nicht; vielmehr muß auch ein Zusammenhang der einzelnen Hdlgen dahin konstatirt werden, daß sie als aus dem einheitlichen Willen des Handelnden, einen in Vermögensvortheilen bestehenden fortgesetzten Erwerb sich zu verschaffen, hervorgegangen sich darstellen; denn diejenigen Hdlgen, bei denen der Thäter von dieser Absicht sich nicht leiten ließ, sind keine gewerbsm.; RG. III 2. Feb., II 1. Nov. 81, 29. Sept. 85, R. 3 4, 669, 7 541.

b) Wenn andererseits das gewohnheitsmäßige Handeln zwar mehrere Einzelhdlgen begrifflich erfordert (N. 5 b), so ist doch nicht nothwendig, daß mehr als ein Einzelfall des gewohnheitsm. Verbr. zur Anklage gestellt werde; so: v. Liszt S. 243, v. Lilienthal Kollektivdel. S. 49, auch Schütze ZfStRW. 3 59.

Speziell bei der gewohnheitsm. Hehlerei ist ein Einlassen mit verschiedenen Personen (Vormännern) nicht erforderlich; Berlin 2. Mai 73, 24. Apr. 74, O. 14 332, 15 260, Oppenh. N. 4, Dochow G. u. G. V. S. 84, v. Lilienthal aO. S. 67. Ebensowenig ist eine Mehrheit selbständiger strafb. Hdlgen, wodurch die verhehlten Sachen erlangt waren, nothwendig; cit. Berlin 24. Apr. 74.

7) Zum Nachweise sowohl des gewerbsm. als auch des gewohnheitsm. Verbr. können herangezogen werden:

a. bereits abgeurtheilte Fälle; so die GM., insbs.: RG. I 10. Dez. 79 E. 1 118, Berlin 15. Dez. 76 O. 17 827, Wolfenbüttel 1. Juni 78 St. 8 313, auch Binding 1 550 N. 12, der übrigens vollkommen zutreffend hervorhebt, daß es eine nur aus dem Verhalten des Bestraften zu lösende Frage sei, ob nicht durch die Bestrafung die Gewohnheitsmßgkt. bzw. die Absicht der Gewerbsmßgkt. gebrochen sei; aM. jedoch: Rubo § 67 N. 11, v. Buri GS. 29 56;

b. bereits verjährte Fälle; so die GM., insbs.: RG. II 15. Nov. 81 R. 3 716, Berlin 11. Sept. 74 O. 15 556; aM., außer Rubo u. v. Buri, auch Binding aO. u. 1 826 N. 7, weil solche Fälle nach der aus dem Grundgedanken der Strafklageverjährung zu entnehmenden Rechtsauffassung unbeweisbar geworden seien;

c. im Auslande begangene, dort vielleicht straflose Fälle; Dochow HRl. „G. u. G. V.“, Hälschner 1 546, v. Liszt S. 143, Merkel HH. 3 225, Oppenh. N. 2, Waldthausen G. 29 410, v. Lilienthal Kollektivdel. S. 54;

d. unter einer anderen Gesetzgebung begangene Fälle, selbst wenn die Hdlg. damals nicht strafbar, ja nicht einmal verboten war; so btr. Gewerbsmßgkt.: RG. II 24. Jan. 82 E. 5 369, btr. Gewohnheitsmßgkt.: RG. III 13. Juli 81, I 23. Jan., 2. Feb., III 26. Apr. 82, E. 4 390, 5 397, R. 4 113, 385 (alle btr. § 302 d), allgemein: RG. III 30. Juni 84 R. 6 436 (btr. § 302 d), v. Liszt, v. Lilienthal aO.; aM. allgemein Binding 1 249, 552 N. 15, gegenüber dem Einzelakte, der für sich abgeschlossen und selbständig sei, greife der Grundsatz des StGB. § 2 derartig Platz, daß eine kriminelle Berücksichtigung vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes begangener Hdlgen unstatthaft sei, sowie bezüglich der Gewohnheitsmßgkt. das cit. RG. 24. Jan. 82, weil das gewohnheitsm. Delikt aus einer Mehrheit strafb. Verg. sich zusammensetze, so daß vom Strafgesetze nicht betroffene Hdlgen die Gewohnheitsmßgkt. zu begründen nicht geeignet seien; anderenfalls würden dieselben nicht nur als „Beweisgründe“, sondern entgegen dem § 2, als „Elemente der Schuld und der Strafe“ verwendet werden.

8) Wenn das Gesetz ein gewerbs- o. gewohnheitsmäßiges Betreiben einer gewissen Thätigkeit mit Strafe bedroht, so will es das gesammte in der gedachten Weise sich qualifizirende Handeln des Verbrechers als eine juristische Einheit bestrafen (N. 1₂). Prozessualisch folgt daraus, daß durch die Aburtheilung einer solchen strafb. Hdlg. alle diejenigen den Charakter der Gewerbs- o. Gewohnheitsmäßigkeit an sich tragenden Fälle erledigt sind, die nach prozessualischen Grundsätzen seitens des urtheilenden Richters hätten berücksichtigt werden dürfen, gleichgültig ob solches geschehen oder aus irgend einem Grunde — insbs. Unkenntniß — unterblieben ist; so die GM.; aM. v. Lilien-

thal Kollektivbel. S. 64 btr. der später erst bekannt gewordenen Fälle. Deshalb gelten durch die Aburtheilung betroffen alle Fälle, welche sich ereignet haben, nicht vor Eintritt der Rechtskraft des erstinstanzlichen Urtheils, wohl aber vor Fällung desselben, mochte auch das erstinstanzliche Urtheil erst ergangen sein, nachdem ein früheres Urtheil aufgehoben und die Sache an die erste Instanz zurückverwiesen war; RG. II 25. Nov., I 7. Juli 81, 6. Nov. 84, R. 3 739, 470, E. 11 211 (vgl. auch III 19. Nov. 85 R. 7 670). Dem entspricht es andererseits, daß der Richter auch im Eröffnungsbeschlusse nicht erwähnte Einzelfälle berücksichtigen darf (RG. III 17. Juni 89 G. 37 285), ja daß er sogar verpflichtet ist, konstatirte Einzelhdlgen, die erst nach Abfassung des Eröffnungsbeschlusses sich ereignet haben, mit in Betracht zu ziehen; RG. II 23. Feb. 86 R. 8 134.

9) Gewerbs- u. Gewohnheitsmßgkt. können sich mit einander verbinden, indem ein Delikt sehr wohl gewohnheitsmäßig zum Erwerbe betrieben werden kann. Es treffen alsdann zwei Qualifikationsgründe zusammen (§ 73 N. 21 a). AM. Binding 1 550, die Gewohnheitsmßgkt. werde durch die weitergehende Gewerbsmßgkt. absorbirt.

10) Die Hauptstrafe ist Zuchthaus von 1—10 J. (§ 14_2), neben welchem nach § 32 BdbEN. erkannt werden kann. Wegen ZulvPolAuff. vgl. § 262 N. 2.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in zehn Jahren; wegen des Beginnes der Verjährung vgl. das. N. 14 b.

Zuständig ist Strafk.; GVG. § 73[6].

§. 261.

Wer im Inlande wegen Hehlerei einmal und wegen darauf begangener Hehlerei zum zweiten Male bestraft worden ist, wird, wenn sich die abermals begangene Hehlerei auf einen schweren Diebstahl, einen Raub oder ein dem Raube gleich zu bestrafendes Verbrechen bezieht, mit Zuchthaus nicht unter zwei Jahren bestraft. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter Einem Jahre ein.

Bezieht sich die Hehlerei auf eine andere strafbare Handlung, so ist auf Zuchthaus bis zu zehn Jahren zu erkennen. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter drei Monaten ein.

Die in dem §. 245 enthaltenen Vorschriften finden auch hier Anwendung.

PrStGB. § 240. Entw. I § 236, II § 256.

1) Der von der Rückfälligkeit bei der Hehlerei handelnde § 261 bezieht sich auf die beiden Fälle derselben (§§ 258, 259); so die GM., während v. Buri GS. 29 44 btr. des § 258 Zweifel hat.

Die Rückfälligkeit tritt wesentlich unter denselben Voraussetzungen ein wie diejenige beim Diebst. auf Grund der §§ 244, 245, deren N. zu vergleichen sind; es müssen jedoch beide Vorbestrafungen gleichfalls wegen „Hehlerei" erfolgt sein, so daß, wenn auch die Personen- u. die Sachenhehlerei (§§ 258, 259) einander gleichgestellt sind, doch Vorbestrafungen wegen anderer strafb. Hdlgen die Rückfälligkeit i. S. des § 261 nicht begründen.

Im übrigen waltet, trotzdem in der RTkommission in Folge der Fassungsänderung des § 244 (Entw. II § 239) behufs Erzielung einer Uebereinstimmung auch die Fassung des § 261 (Entw. II § 256) umgestaltet wurde, lediglich eine Verschiedenheit im Ausdruck gegenüber dem § 244 vor. Die Worte: „Wer im Inlande wegen Hehlerei einmal und wegen darauf begangener Hehlerei zum zweiten Male bestraft worden ist, rc." sollen materiell die Reihenfolge der Vorbestrafungen in derselben Weise regeln wie die etwas schwerfälligere Fassung des § 244; so: Olshausen Vorbestr. S. 122, Pfizer Anti-Seuffert S. 5 (btr. § 264); aM. Rubo N. 2, der annimmt, daß § 261 es für bedeutungslos erachte, ob die Hehlerei im ersten Rückfalle im Inlande begangen sei, während der Diebstahl im ersten Rückfalle daselbst nicht nur bestraft, sondern auch begangen sein müsse (vgl. § 244 N. 12).

2) Die Strafandrohung ist eine verschiedene, je nachdem die „abermals begangene", noch zu bestrafende Hehlerei sich bezieht auf einen „schweren Diebstahl, einen Raub oder ein dem Raube gleich zu bestrafendes Verbrechen" (§§ 243, 249—251, 252, 255), oder auf eine „andere strafbare Handlung", indem sie in jenem Falle schwerer wie in diesem bestraft wird. Hiernach beherrscht der gleiche Gedanke wie im § 258 den § 261; wie dort (das. N. 3b) für den Grad der Strafbarkeit das subjektive Moment nicht unwesentlich ist, so auch nicht für § 261; derselbe erfordert deshalb Kenntniß des Hehlers von der thatsächlichen Beschaffenheit der Hauptthat, und zwar auch soweit das Verhältniß des § 261 zum § 259 in Frage steht; denn wenn jene Auslegung des § 261 für sein Verhältniß zum § 258 richtig ist, so kann er auch im übrigen nicht anders ausgelegt werden; **RG.** IV 15. März 87 **E. 15** 364.

Diese Unterscheidung greift nicht nur bei einer Rückfallshehlerei aus § 258, sondern auch bei einer solchen aus § 259 Platz, was irrationell ist, da letzterer selbst nicht unterscheidet; Meves StRZ. **13** 491, Villnow Raub S. 81.

3) Trägt die im wiederholten Rückfalle begangene Hehlerei gleichzeitig den Charakter einer gewerbs- o. gewohnheitsm. Hehlerei, so liegt Idealkonk. (§ 73) vor; Merkel HH. **3** 748, Oppenh. § 260 N. 8, auch wohl Waldthausen **29** 410, der nur von der Möglichkeit der „Konkurrenz" spricht, während Puchelt N. 1 Realkonk. annimmt, dagegen Binding **1** 252 u. H. Meyer S. 763 jede Konkurrenz für ausgeschlossen erachten. Nach § 73 (das. N. 25 ff.) ist deshalb die Strafe, wenn die Hehlerei auf eines der im $§ 261_1$ bezeichneten Verbr. sich bezieht, nach der dort gegebenen Strafsanktion, sonst aus § 260, als den in den betreffenden Fällen die schwerste Strafe androhenden Gesetzen, zu bestimmen; so auch im Resultate Binding **1** 553 N. 20 mit der zutreffenden Bemerkung, daß, wenn die Hehlerei theils auf die im $§ 261_1$, theils auf die im $§ 261_2$ erwähnten strafb. Hdlgen sich beziehe, die schwerst qualifiz. Fälle für Anwendung des $§ 261_1$ entschieden.

4a) Für die Bestrafung des vollendeten Verbr. gilt Folgendes:

Die ordentliche Hauptstrafe ist Zuchthaus ($§ 14_2$) und zwar im Falle des Abs. 1 von 2—15, im Falle des Abs. 2 von 1—10 J. Für den Fall mild. Umst. (Th. I Abschn. 4 N. 13a ff.) ist Gefängniß (§ 16) zu verhängen und zwar im Falle des Abs. 1 von 1—5 J., im Falle des Abs. 2 von 3 Mt.—5 J.

Sowohl neben Zuchth. als auch neben Gef. kann nach § 32 VdbER. erkannt werden. Wegen ZulvPolAuff. vgl. § 262 N. 2.

b) Der Versuch (vgl. §§ 258 N. 4, 259 N. 8_3) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen.

5) Nach $§ 67_1$ verjährt die Strafverfolgung des schwereren Verbr. (Abs. 1) in funfzehn, diejenige des leichteren in zehn Jahren.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. § 73[6].

§. 262.

Neben der wegen Hehlerei erkannten Gefängnißstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte und neben jeder Verurtheilung wegen Hehlerei auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden.

PrStGB. §§ 237—240. Entw. I §§ 233—236, II § 257.

1) Wegen des Verlustes d. bER. vgl. § 248 N. 1.

2) Hinsichtl. der ZulvPolAuff. „neben jeder Verurtheilung wegen Hehlerei" vgl. § 38 N. 5, 6.

Zweiundzwanzigster Abschnitt.

Betrug und Untreue.

1) Ausweislich der Motive sind die Titel 21 u. 22 des PrStGB. „unter dem Gesichtspunkte der Verletzung von Treue und Glauben" im RStGB. in einen Abschnitt zusammengefaßt.

Während aber die Bestimmungen über „Untreue" (§ 266) im RStRB. durch die Nr. 2 des § 266 eine Erweiterung erfahren haben, sind diejenigen über den „Betrug" i. w. S. (§§ 263—265), abgesehen von der Einschaltung des den Betrug im wiederholten Rückfalle betreffenden § 264, durch Nichtwiedergabe des im PrStGB. § 243 behandelten sog. qualifizirten Betruges vereinfacht. Die einzelnen Fälle desselben (Nr. 1—8) haben theils an anderen Stellen des RStGB. Platz gefunden, so die Nr. 3, 4 im § 150, die Nr. 7, 8 im § 274, theils aber fallen sie jetzt, wie die Nr. 1, 2, 5, 6, unter den allg. Thatbestand des Betruges; vgl., btr. der Nr. 6, Berlin 12. Jan. 72, 8. Juli 74, St. **1** 200, **4** 186.

2) Zweifellos ist im Abschn. 22 die Materie des Betr. i. S. des EG. § 2 geregelt; **RG.** III 4. Dez. 80, 7. Feb. 89, E. **3** 84, **19** 13, Binding **1** 321. Daraus ergiebt sich im Allgemeinen, daß alle landesgesetzl. Bestimmungen, durch welche Vorbereitungshdlgen zum Betr. bzw. bloße Versuchshdlgen unter selbständige Strafandrohungen gestellt sind, ihre Anwendbarkeit verloren haben; cit. **RG.** 7. Feb. 89.

3) Im Einzelnen ergiebt sich aus der erfolgten Regelung der Materie:

a) Da die besonderen Vorschriften über strafb. Verletzungen der Post-, Steuer- und Zoll-Gesetze durch EG. § 2_2 (das. N. 10c) in Kraft erhalten sind, so gehen dieselben den Vorschriften des Abschn. 22 auch dann vor, wenn ein dort aufgestellter Thatbestand unter den allg. Begriff des Betr. fallen sollte; v. Liszt S. 489. Aus dem Hervortreten aber eines strafrechtl. Thatbestandes in Beziehung auf einen Gegenstand der Gesetzgebung in Post-, Steuer- o. Zoll-Sachen folgt noch nicht, daß derselbe ohne weiteres der Herrschaft des StGB. entzogen sei, soweit die Anwendbarkeit des letzteren in dem Spezialgesetze nicht besonders vorbehalten worden; jenes ist vielmehr nur dann der Fall, wenn der btr. Thatbestand in dem Spezialgesetze wirklich anderweit behandelt ist. So einerseits **RG.** I 28. Okt. 80 E. **2** 405 (welches den Betrugsbegriff bei der wissentlichen Hinterziehung von Steuern mittels falscher Deklaration auf Grund der Steuergesetzgebung der Gemeinde Frankfurt a. M. für ausgeschlossen erachtet), II 13. Juli 86, 16. Okt. 88, E. **14** 293, **18** 151 (btr. der Strafvorschrift des PrKlassensteuerG. v. 1. Mai 1851 § 33), I 20. März 90 E. **20** 305 (btr. BZG.), andererseits: **RG.** BStS. 4. Apr. 81 E. **4** 50, Berlin 28. Sept. 76 St. **6** 129 (welche den nach dem BrausteuerG. v. 31. Mai 72 in der Steuer fixirten Brauer wegen Betr. strafen, wenn er durch Täuschung der Steuerbehörde sich der Nachversteuerung entzieht). Vgl. jedoch Hälschner **2** 257 u. 1004.

b) Die im § 5[4] des Eisenbahnbetriebsregl. v. 10. Juni 1870 zugesprochene Berechtigung zur Erhebung einer Konventionalstr. steht der Anwendung der Betrugsstr. nicht entgegen, da im EG. § 2 hinsichtl. der strafb. Verletzungen der Vermögensrechte der Eisenbahnen in Bezug auf deren Betrieb ein Vorbehalt sich nicht findet; **RG.** IV 11. Feb. 87 E. **15** 266 (es handele sich nicht um eine öffentl. Strafe, sondern um eine Privatgenugthuung), Berlin 12. Juni 77 St. **7** 332.

c) Das PrG. v. 8. Mai 1837 über das Mobiliarversicherungswesen btr. so ist:

α. dessen § 20 noch jetzt in Geltung, da seine Strafbestimmung die Ueberversicherung nicht als Vorbereitung zum Betr., sondern als an sich gefährliche Hdlg. treffen will; **RG.** III 7. Feb. 89 E. **19** 13 u. früher schon thatsächlich (ohne bezügliche Ausführung) IV 17. Apr. 85 E. **12** 150;

β. dessen § 28, wonach die Aufstellung einer zu hohen Brandschadensliquidation in böslicher Absicht als vollendeter Betr. zu ahnden war, außer Kraft getreten, da er zu den im EG. § 2_2 erwähnten besonderen Vorschriften nicht gehört; so: **RG.** III 4. Dez. 80 E. **3** 84, IV 15. Feb. 89 G. **37** 162 (indirekt), Hälschner **2** 279 N. 2, Oppenh. § 263 N. 73, Rüd.-St. § 265 N. 5, v. Speßhardt Versicherungsbetr. S. 70, jetzt auch Meves G. **37** 164 N. 5 (vgl. jedoch früher StRZ. **11** 561); aM. Berlin 17. Dez. 75 O. **16** 810.

§. 263.

Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvortheil zu verschaffen, das Vermögen eines Anderen dadurch beschädigt,

daß er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Thatsachen einen Irrthum erregt oder unterhält, wird wegen Betruges mit Gefängniß bestraft, neben welchem auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark, sowie auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann ausschließlich auf die Geldstrafe erkannt werden.

Der Versuch ist strafbar.

Wer einen Betrug gegen Angehörige, Vormünder oder Erzieher begeht, ist nur auf Antrag zu verfolgen. Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig.

PrStGB. §§ 241, 242, 245. Entw. I §§ 237, 238, II § 258.

Entw. d. StGN. Art. I § 263. Aktenst. 1875/76 Nr. 54, 145. StB. 1875/76 S. 825.

1) Wenn auch lediglich § 266 die Untreue behandelt, so betreffen dennoch die übrigen §§ 263—265 dieses Abschn. nicht den „Betrug" i. e. S.; auf diesen beziehen sich vielmehr nur die §§ 263, 264, während der im § 265 (das. N. 6) unter Strafe gestellte sog. Versicherungsbetr. die Thatbestandsmerkmale des eigentl. Betr. nicht zu enthalten braucht. Nur i. w. S. und nament. im Gegensatz zur Untreue kann auch das Verbr. aus § 265 als Betrug bezeichnet werden.

Wahrheitsverletzung durch Täuschung. N. 2—17.

2a) Der Thatbestand des Betr. erfordert vor allem eine Täuschung, also das Vor-

liegen eines Irrthums auf Seiten eines Dritten. Während aber im Falle des § 59 (das. N. 7) der Begriff des Irrthums i. w. S. in Betracht kam, kann es sich hier nur um den Irrthum i. e. S. handeln, d. h. darum, daß in dem Dritten eine irrige Vorstellung von Thatumständen obwalte; beim Mangel jeglicher Vorstellung von einem gewissen Thatumstande kann von einer zum Betrugsthatbestande erforderlichen Täuschung nicht die Rede sein. Daher kann auch das heimliche Mitfahren sog. blinder Passagiere auf Eisenbahnen ꝛc. als Betr. nicht angesehen werden; so: Wolfenbüttel 7. Nov. 71 St. 1 158, v. Schwarze N. 18, Westrum MagfDR. 7 225, v. Bar GS. 40 491 (s. u. N. 26_3); aM.: RG. I 26. Juni 81 E. 4 295 (s. u. N. 33 I), Berlin 26. Juni 76 O. 17 383.

b) Das bloße Vorliegen eines Irrthums auf Seiten eines Dritten und seine Benutzung durch den Thäter genügt aber nicht, vielmehr ist erforderlich, daß letzterer „einen Irrthum erregt oder unterhält" (N. 15, 16); doch reicht auch die hierin liegende Täuschung eines Dritten durch den Thäter nicht hin, vielmehr muß die Täuschung in bestimmter Weise verursacht (N. 17) worden sein; nicht Vorspiegelung von Falschem bzw. Entstellung o. Unterdrückung von Wahrem im allg. ist ausreichend, sondern der Gesetzgeber sieht nur dann einen Betr. als vorliegend an, wenn die Täuschung verursacht war „durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung o. Unterdrückung wahrer Thatsachen" (N. 3—14), also durch ein aktives Irreführen, d. h. durch irgend welche in Worten o. Hdlgen bethätigte besondere Veranstaltungen, dazu bestimmt, den Anderen in einen positiven Irrthum zu versetzen; RG. III 5. Juli 86 E. 14 310.

3) Der Begriff der „Thatsache" ist nach N. 2 von bestimmter Bedeutung für den Begriff des Betr. überhaupt. Allerdings fragt es sich zunächst, ob jenem Ausdrucke im § 263 eine besondere, namentl. engere, Bedeutung beigelegt sei, als ihm im allg. zukommt. Es beruht die Fassung des § 263 in der hier in Rede stehenden Beziehung (vgl. Motive) gänzlich auf § 241 PrStGB.; bei der Redaktion des letzteren glaubte man die für nothwendig erachtete Begrenzung des Begriffs „des strafbaren Betruges" durch eine nähere Erläuterung des zur Täuschung angewendeten Mittels zu erreichen und wählte deshalb die Fassung „durch Vorbringen falscher, ꝛc. Thatsachen", indem „man durch die Beschränkung auf „Thatsachen" jene allgemeinen anpreisenden oder tadelnden Aeußerungen, welche mehr die Natur des Urtheils haben, von dem Thatbestande des Betr. ausschließen wollte"; hierin lag in der That gegenüber dem im PrALR. II 20 § 1256 aufgestellten, über das Gebiet der reinen Thatsachen hinausgehenden Betrugsbegriffe („Veranlassung eines Irrthums, wodurch Jemand an seinem Rechte gekränkt werden soll") eine wesentliche Beschränkung; Goltd. Mat. 2 538, 542, Beseler PrStGB. S. 461. Dem Begriffe „Thatsache" selbst wurde eine weitere Beschränkung nicht hinzugefügt; auch ist in keiner Weise ersichtlich, daß man beabsichtigte, ihn nach irgend einer Richtung einzuengen; er ist vielmehr nur in einen Gegensatz zu demjenigen gebracht, was eben nicht „Thatsache" ist, so daß deshalb der allg. Begriff einer „Thatsache" für maßgebend erachtet werden muß; aM. Merkel HH. 3 753 N. 10.

4) Wegen des Begriffs der „Thatsache" vgl. § 131 N. 2; btr. einer der Vergangenheit angehörigen Thatsache vgl. beispielsweise: RG. II 4. Dez. 85 E. 13 138, Berlin 12. Juli 71, Dresden 14. Jan. 78, St. 1 157, 8 226; richtig auch v. Liszt S. 485 u. H. Meyer S. 704; aM. Merkel HH. 3 753 u. v. Schwarze N. 12, die unter „Thatsachen" nur der Gegenwart angehörige Verhältnisse verstehen.

5) Wegen des Begriffs der „falschen" im Gegensatz zur „wahren" Thatsache vgl. § 131 N. 3. Da die „Thatsache" nur so in Betracht kommt, wie sie subjektiv vom Thäter behauptet, insbs. vorgespiegelt wird, so ist es ganz gleichgültig, ob sie, wie z. B. das Behertsein, nach Natur- u. Denkgesetzen überhaupt nicht vorkommen kann; Berlin 2. Juli 75 St. 5 373.

6) Gehört die Thatsache als etwas Wirkliches der Gegenwart oder Vergangenheit an, so kann unter ihren Begriff weder dasjenige fallen, was noch ganz in der Zukunft liegt, noch dasjenige, was gerade das Gegentheil vom Objektiven ist, nämlich eine Kundgebung, die lediglich als eine subjektive Auffassung, eine Meinung, ein Urtheil sich darstellt, wenn auch RG. II 1. Juni 83 R. 5 395 richtig hervorhebt, daß mehr oder weniger jede

thatsächliche Behauptung ein Urtheil in sich schließe. Wer als seine Meinung äußert, daß das und das gegenwärtig der Fall sei oder in der Vergangenheit sich zugetragen haben möge (Berlin OAG. 25. Okt. 73 St. 3 215), oder wer verspricht, daß er in Zukunft Zahlung leisten werde (Berlin 18. Jan. 78 St. 8 226), spricht damit nichts Thatsächliches aus; vgl. jedoch u. N. 9₃.

7) Die Thatsachen sind entweder äußere, wenn sie in die Außenwelt treten, oder innere, wenn sie im Innern des Menschen sich abspielen, wie Ansichten, Absichten, Beweggründe einer Person, die auch, wenn sie geäußert oder ausgesprochen werden, dennoch ihrer Natur nach lediglich „der Gedankenwelt angehören"; RG. II 23. Jan. 80 E. 1 162. Nur das „Aussprechen" einer Ansicht ꝛc. wird zur „äußeren Thatsache"; vgl. Meves N. 23. Die GM. erkennt die Existenz der inneren Thatsachen an (vgl. § 131 N. 2₂). AM. jedoch, außer Rubo: Blum N. 10, Meves N. 24 sowie v. Schwarze N. 12, der mit Merkel S. 328 u. HH. 3 753 unter Thatsachen „äußere" Verhältnisse versteht, während letzterer selbst sich hiermit insofern in Widerspruch setzt, als er „fremde Absichten" zu den Thatsachen rechnet (s. u. N. 9₂).

8) Was speziell die äußeren Thatsachen anbetrifft, so gehören zu denselben keineswegs nur solche, welche äußerlich mittels der Sinne wahrgenommen werden können wie z. B. die Beschaffenheit einer Waare, der Besitz von baaren Zahlungsmitteln oder anderen Vermögensobjekten, das Vorliegen eines körperlichen Gebrechens ꝛc. (RG. I 22. Jan., III 3. Apr. 80, 2. Feb., I 4. Juli 81, R. 1 261, 535, E. 3 332, 4 352), sondern es fallen hierunter auch solche Thatsachen, die, trotzdem sie in die Außenwelt getreten sind, dennoch nicht ausschließlich durch die Sinne wahrgenommen, vielmehr nur mit Hülfe der inneren geistigen Kräfte des Menschen erkannt werden können. Als äußere Thatsachen dieser letzteren Art sind z. B. anzusehen:

das Bestehen bzw. Nichtbestehen einer objektiven Rechtsnorm, da selbst die geschriebenen Rechtsquellen nur eine Quelle für die Erkenntniß der Rechtsnorm bilden; RG. III 7. Jan. 80, I 3. Okt. 81, R. 1 196, 3 579; bzw. eines subjektiven Rechtes oder einer Verbindlichkeit; Dresden 24. Apr. 76 St. 7 146;

die rechtliche Bedeutung eines Schriftstücks; München 20. Dez. 73 St. 3 217;

die Sicherheit eines Kreditsuchenden bzw. die Bonität einer Forderung; RG. II 1. Juni 83 R. 5 395, Berlin OAG. 25. Okt. 73, Dresden 8. März 72, 30. Nov. 75, St. 3 215, 1 361, 6 322;

der Besitz von Forderungen; München 23. Juni 77 St. 7 333.

9) Hinsichtlich der inneren Thatsachen ist streitig, inwieweit dieselben auch als „Thatsachen" i. S. des § 263 anzusehen seien; freilich ist von dieser Streitfrage nicht durchweg die andere Frage auseinander gehalten, inwieweit durch eine Täuschung über eine innere Thatsache der zwischen der Täuschung und der Vermögensbeschädigg. erforderliche Kausalzusammenhang hergestellt werde (s. u. N. 39). Soweit es aber lediglich um jenen Punkt sich handelt, erscheint sowohl durch die Entstehungsgeschichte (N. 3) als auch durch die Fassung des einen Unterschied bezüglich der verschiedenen Arten der Thatsachen nicht statuirenden Gesetzes die Auffassung ausgeschlossen, daß innere Thatsachen, sei es überhaupt, sei es in gewissem Umfange, als Thatsachen i. S. des § 263 nicht in Betracht kämen.

Insofern bei einem Dritten vorliegende innere Thatsachen in Frage kommen, begegnet diese Ansicht kaum einem Widerspruch; so namentl. Berlin 24. Mai 71, 23. Okt. 73, O. 12 284, St. 3 215 btr. der bei einem Dritten vorwaltenden Absicht bzw. einer inneren Eigenschaft, z. B. der Treue des Bräutigams; vgl. jedoch o. N. 7.

Dagegen ist jene Auffassung sehr bestritten, soweit es um in der Person des Thäters (des Täuschenden) selbst liegende innere Thatsachen sich handelt; allein, wenn Jemand behauptet, daß er über gewisse Verhältnisse die und die Ansicht hege, daß seinem Handeln ein bestimmtes Motiv zu Grunde liege, daß er bei seinem Handeln eine bestimmte Absicht verfolge, daß, was damit fast identisch, sein Handeln ein ernstlich gemeintes sei, so liegt darin durchweg die Kundgebung einer bei dem sich Aeußernden selbst vorliegenden inneren Thatsache. Es ist einerseits, was die Behauptung einer bestimmten Ansicht, Meinung, eines Motives ꝛc. betrifft, das Gebiet des blos Subjektiven verlassen; denn an Stelle des bloßen Aussprechens einer subjektiven Auffassung ist die Behauptung getreten, daß die Auf-

fassung wirklich vorhanden sei und dem dieselbe Aussprechenden thatsächlich beiwohne; es ist andererseits, was die Behauptung einer Absicht bzw. der Ernstlichkeit betrifft, nicht mehr, wie Goltd. Mat. 2 543 annimmt, von einer „ausschließlich in die Zukunft fallenden Täuschung" die Rede, vielmehr handelt es sich um etwas „Gegenwärtiges", wenn Jemand behauptet, daß er durch den Abschluß eines Rechtsgeschäftes eine ihm zur Zeit innewohnende Absicht realisiren bzw. daß er das Rechtsgeschäft so, wie es proponirt worden, ernstlich wolle (vgl. N. 6). So: Geyer 2 58, Hälschner 2 262, v. Liszt S. 485, Oppenh. N. 39, 46, Haager GS. 27 578, auch Zimmermann GS. 29 142, dieser jedoch mit der unberechtigten Einschränkung „wofern die Absichten nur nicht physisch o. moralisch o. juristisch Unmögliches enthalten", während jener Auffassung entsprechend in der Praxis für eine Thatsache erachtet wurde:

a. das Vorhandensein einer Ansicht des Erklärenden über den Werth von ihm besessener Vermögensstücke bzw. das Vorliegen einer bestimmten Rechtsüberzeugung (z. B. daß eine Willenserklärung als in einem gewissen Sinne abgegeben und angenommen aufzufassen sei); Berlin 15. Nov. 76, 18. Jan. 78, St. 7 152, 8 226;

b. das Vorliegen eines bestimmten Beweggrundes auf Seiten des Erklärenden (z. B. zur Veräußerung von Waaren zu einem besonders billigen Preise); Dresden 26. Okt. 74 St. 5 113;

c. das Vorhandensein einer bestimmten Absicht des Thäters (z. B. mit einem neu auszustellenden Wechsel ein früheres Gefälligkeitsaccept einzulösen; mit Unterschrift versehene Blanketts je nach Bedarf mit beliebigen Beträgen auszufüllen und die Wechsel in Umlauf zu setzen; seinen Gläubiger zu befriedigen; empfangene Gelder in gewisser Weise zu verwenden; einen Vertrag eingehen zu wollen ꝛc.); **RG.** I 8. März, 6. Dez., 10. Juni 80, 3. Jan. 81, III 11. Dez. 80, 11. Mai 81, 25. Okt. 83, E. 1 305, 3 142, R. 2 54, 690, 629, 3 294, 5 640, Stuttgart 12. Nov. 73, Wolfenbüttel 6. März 77, Dresden 24. Apr. 76, 11. Feb. 78, Darmstadt 25. Okt. 75, St. 3 213, 7 155, 146, 8 228, 218;

d. die Ernstlichkeit einer Bestellung bzw. der Absicht, ein Kaufgeschäft gegen Baarzahlung eingehen zu wollen; **RG.** III 11. Dez. 80 R. 2 629, Berlin 19. Nov. 74, 10. Apr. 78, St. 5 103, O. 19 208;

e. die Kenntniß der bei einem Dritten bestehenden Absicht; **RG.** I 24. Sept. 83 R. 5 542.

Die Ansichten der Gegner sind getheilt; Merkel S. 328, Betrug S. 237 ff., HRl. „Betrug" u. HH. 3 753, 4 435, H. Meyer S. 705 u. F. Meyer N. 7 gehen in der Negation am weitesten, indem sie Ansichten, Meinungen, Beweggründe, Absichten ꝛc. des Täuschenden, insbs. den animus solvendi, für eine Thatsache i. S. des § 263 nicht erachten; hinsichtlich der „Absicht des Täuschenden" schließen sich an: Dresden 8. Mai, 4. Dez. 71, 2. Sept. 72, München 28. Feb. 73, 13. Mai 75, St. 1 54, 293, 2 116, 292, 5 93 sowie, anlehnend an eine bereits unter der Herrschaft des PrStGB. befolgte Praxis (Oppenh. PrStGB. § 241 N. 43), Berlin, vgl. z. B. 3. Nov. 77 O. 18 689 (die Absicht, seine kontraktlichen Verpflichtungen nicht zu erfüllen, sei keine Thatsache).

10) Die „Vorspiegelung falscher Thatsachen" (vgl. §§ 144, 179) bezeichnet zunächst, wie das „Vorschützen" (§ 138 N. 2), die wissentliche Behauptung (§ 131 N. 4) einer falschen Thatsache (N. 5). Es erscheint aber begrifflich nicht nothwendig, daß dem Vorspiegelnden das Bewußtsein, es sei das Gegentheil des Behaupteten wahr, beigewohnt haben müsse; vielmehr spiegelt auch derjenige vor, der etwas aus der Luft greift und dieses als eine ihm aus eigener Anschauung bekannte positive Thatsache hinstellt, obwohl er weiß, daß sie ebensowohl unwahr sein kann, wie wahr; **RG.** IV 22. Okt. 89 E. 20 3.

Die Vorspiegelung kann eine direkte durch Aufstellung einer bezüglichen ausdrücklichen Behauptung, oder eine indirekte durch konkludente Holgen sein, sei es, daß letztere in mündlichen o. schriftlichen Aeußerungen oder in Handlungen im e. S. bestehen; so insbs. Merkel S. 328, HH. 3 752 und Betrug S. 145 ff. sowie H. Meyer S. 706, welche hervorheben, daß schon der Eintritt in Rechtsgeschäfte und die Vornahme bestimmter geschäftlicher Akte die stillschweigende Behauptung gewisser Thatsachen bzw. die Bestätigung gewisser Voraussetzungen auf Seiten des Mitkontrahenten in sich schlößen; dementsprechend nahm auch **RG.** I 10. Jan. 87 R. 9 15 an, daß bei bestehendem Vertragsverhältnisse dann, wenn die Lieferung (Leistung) vertragswidrig sei, aber das äußere Ansehen einer vertragsmäßigen habe, eine

Vorspiegelung der Kontraktmäßigkeit angenommen werden könne, während freilich RG. III 5. Juli 86 E. 14 310 verneint, daß der Thatbestand des § 263 allein in einer bewußt vertragswidrigen Leistung ohne ausdrückliche Benachrichtigung des Empfängers von den Qualitätsmängeln gefunden werden könne.

Da „Vorspiegeln" zweifellos ein Handeln bezeichnet, so kann in einer Unterlassung, namentl. also auch in einem Nicht-Sprechen, einem Schweigen, nur nach den allg. Grundsätzen über die Verübung von Kommissivdelikten durch Unterlassung (Th. 1 Abschn. 3 N. 3) ein Vorspiegeln gefunden werden.

11 a) In der Praxis ist z. B. gefunden worden:

I. eine indirekte Vorspiegelung

A. durch mündliche o. schriftliche Aeußerungen in der Vorspiegelung:

α. einer vorhandenen Zahlungsfähigkeit in der Versicherung, allemal in der Lage zu sein, einen Wechsel zu einem bestimmten Termin zu decken; RG. III 2. Feb. 81 E. 3 332;

β. der Ernstlichkeit der Bestellung bzw. der Absicht u. des Vermögens, die Zeche zu bezahlen, in der Bestellung von Waaren bei Fabrikanten bzw. von Speisen und Getränken im Gasthause bei bewußter Zahlungsunfähigkeit; RG. III 11. Dez. 80, 28. Jan. 82, I 3. Jan. 81, R. 2 629, 4 89, 2 690;

γ. der Ernstlichkeit des Gebotes in der Abgabe von Scheingeboten; RG. 30. Nov. 79 G. 28 35, Berlin 20. Sept. 78 O. 19 425;

δ. des Herrührens des Telegramms von dem gleichnamigen Geschäftsfreunde des Adressaten in der Unterzeichnung eines Telegramms mit dem richtigen Namen des Absenders; München 28. Mai 74 St. 4 60;

ε. der Existenz einer Forderung in der Anmeldung einer erdichteten Forderung bei Gericht; Dresden 26. Apr. 75 St. 5 370;

ζ. der btr. rechtsbegründenden Thatsachen in der Behauptung bzw. gerichtlichen Geltendmachung eines Rechtes; Berlin 12. Feb. 79 O. 20 78;

B. durch konkludente Hdlgen i. e. S. in der Vorspiegelung:

α. des fortdauernden Eigenthums an der Forderung in der seitens des Cedenten erfolgenden Annahme der Zahlung vom nichtwissenden Schuldner; RG. II 12. Juli 81 R. 3 476 (s. u. N. 14 I f.);

β. der Kontraktmäßigkeit der Waare in der Lieferung vertragswidriger Waare bei äußerem Ansehen einer kontraktsmäßigen; Dresden 15. Okt. 71, 9. Juli 75, Mannheim 5. Juni 75, München 2. Dez. 76, St. 1 123, 5 374, 371, 7 153;

γ. des bei der Hingabe beigelegten Werthes in der wissentlichen Hingabe werthloser Hypotheken an Zahlungsstatt; Dresden 14. Aug. 74 St. 5 100;

δ. der thatsächlich erfolgten Hingabe des Darlehns seitens des in der Verschreibung bezeichneten Gläubigers in dem Gebrauche einer materiell unrichtigen Schuldurkunde; Dresden 9. Juni 76 St. 7 147;

ε. der Identität der übergebenen mit der verkauften Waare in der Aushändigung einer nach dem Vertragsabschlusse mit der verkauften Waare heimlich vertauschten Waare; Dresden 27. Aug. 77 St. 7 334;

II. eine durch Unterlassung begangene Vorspiegelung in dem Schweigen eines an den Verhandlungen Betheiligten zu den Auslassungen eines anderen Betheiligten, auf welchen jener ausdrücklich verwiesen hatte; RG. III 13. März 80 E. 1 309.

b) Andererseits wurde eine indirekte Vorspiegelnng nicht gefunden in der Vorspiegelung:

α. der „allgemeinen Fähigkeit" zur Bezahlung der bestellten Waare oder gar der Fähigkeit zur Zeit der Bestellung in der Bestellung auf Kredit; RG. III 7. Apr. 80 E. 2 5;

β. einer neben dem Wechsel dem Indossanten zustehenden Gläubigerschaft in der Girirung eines Wechsels; RG. I 15. Nov. 80 E. 3 35.

12) Wegen „Entstellung wahrer Thatsachen" vgl. § 131 N. 3. Eine solche findet nicht nur dann statt, wenn die Bestandtheile einer wahren Thatsache „in ein unrichtiges Verhältniß gestellt sind" (Berner S. 569), sondern namentl. auch, „wenn Wirkliches durch Zusatz oder Fortlassung in Nichtwirkliches geändert wird" (Schütze S. 472 N. 9). In der

„Fortlassung" bzw. dem Verschweigen einzelner Momente bei der Schilderung eines Herganges 2c. liegt eine den Begriff der „Entstellung" erfüllende Unterlassung (N. 10_3).

13) Eine „Unterdrückung wahrer Thatsachen" liegt vor, wenn etwas Vorhandenes o. Geschehenes dem Erkanntwerden seitens Dritter entzogen wird (vgl. Berner S. 569, Schütze S. 472 N. 9, Reis Personenstdsfälschg. S. 67 N. 3), und zwar erheischt die „Unterdrückung" hier (vgl. § 169 N. 5) ein heimliches Verhalten, weil ohne ein solches die zu täuschende Person an der Benutzung der „wahren Thatsachen" nicht gehindert werden kann; **RG.** II 29. Dez. 91 E. **22** 283. Sie bezeichnet somit nicht minder wie die Vorspiegelung falscher bzw. die Entstellung wahrer Thatsachen (N. 10_3, 12) ein Handeln („eine äußere Thätigkeit"; so die Motive), so daß jenes Thatbestandsmoment durch reine Unterlassung, namentl. ein bloßes Verschweigen der Wahrheit, nicht erfüllt werden kann, da es ein zur Kundgebung der Wahrheit verpflichtendes „Recht auf Wahrheit" nicht giebt; so die GM., insbs.: **RG.** I 3. Jan. 81, IV 29. Juni 86, R. **2** 690, **8** 506, III 28. Nov. 89 E. **20** 142, Dresden 11. Aug. 73, 26. Apr. 75, München 16. Feb. 78, St. **3** 353, **5** 370, **8** 229. Unter welchen Umständen ein Verschweigen als ein „Unterdrücken wahrer Thatsachen" aufzufassen ist, ergiebt sich bereits aus Obigem von selbst; es handelt sich lediglich um die Anwendung der allg. Grundsätze über die Begehung eines Kommissivdeliktes durch eine Unterlassung (Th. I Abschn. 3 N. 3); so insbs.: **RG.** I 15. März 80, 28. Apr. 81, III 5. Juli 86, II 3. Okt. 90, E. **1** 314, **4** 427, **14** 310, **21** 67, IV 29. Juni 86, 20. Dez. 87, R. **8** 506, **9** 742, Geyer **2** 59, Hälschner **2** 260, v. Liszt S. 485, H. Meyer S. 706, im wesentlichen auch: Merkel S. 328, HRl. „Betrug" u. HH. **3** 752, Rüd.-St. N. 27, sowie Mittelstädt, Thomsen, Vhdl. d. 14. DJT. **1** 2 S. 108, v. Wächter S. 453, v. Schwarze N. 25, welche „ein qualifizirtes, d. h. unter gewissen thatsächlichen Nebenumständen den Charakter eines aktiv täuschenden Benehmens gewinnendes, Schweigen" erfordern; vgl. auch Landsberg Kommissivdel. S. 205f.

Unter Verkennung des entscheidenden Gesichtspunktes (vgl. insbs. Merkel aO.) hat man häufig schon eine moralische Pflicht zur Angabe der Wahrheit für ausreichend und letztere namentl. durch die Redlichkeit des Verkehrs für geboten erachtet; so: Berlin 24. Okt. 72, 31. Okt. 73, 16. Mai 77, Jena 26. Nov. 73, Dresden 8. Dez. 71, 14. Aug. 75, St. **2** 117, **3** 216, **7** 156, **4** 185, **1** 294, **5** 100, Meves N. 28, F. Meyer N. 8, Oppenh. N. 52.

14) Ein Verschweigen nimmt den Charakter eines dasselbe zur „Unterdrückung wahrer Thatsachen" stempelnden aktiven Verhaltens häufig durch die vorausgegangene „Vorspiegelung falscher Thatsachen" an, so daß dann beide Mischthatbestände mit einander ideal konkurriren; vgl. z. B.: **RG.** I 6. Dez. 80 E. **3** 142, III 24. Jan. 80, II 12. Juli 81, R. **1** 272, **3** 476, Mannheim 13. Sept. 73 St. **3** 218, Berlin 20. Sept. 78 O. **19** 425. Im übrigen hat die Praxis die „Unterdrückung einer wahren Thatsache" z. B.

I. gefunden in dem Verschweigen:

a. eines Gläubigers, daß er bereits befriedigt sei, i. V. mit der unter dem Anscheine noch nicht erhaltener Zahlung abgegebenen Bereiterklärung zur Annahme der nochmaligen Zahlung und der demnächstigen wirklichen Annahme bzw. i. V. mit der Stellung eines Exekutionsantrages; **RG.** I 15. März, III 22. Mai 80, E. **1** 314, R. **1** 808;

b. ungünstiger Umstände seitens eines Kreditsuchenden i. V. mit der Darlegung der auf eine günstige Vermögenslage hinführenden Momente; **RG.** II 1. Juni 83 R. **5** 395;

c. eines Gründers gegenüber den in die angebotene Konsortialbetheiligung eingetretenen Personen, daß dem Kaufpreise eines zur Gründung eines Aktienunternehmens gekauften Objektes eine Summe als Gründergewinn zugeschlagen sei, i. V. mit der vorangegangenen Schließung eines Sozietätsverhältnisses; Berlin 4. Mai 76 St. **6** 323;

d. der Art der Herstellung und der wirklichen Beschaffenheit von „fabrizirten" Wechseln, welchen lediglich der täuschende Schein von Waaren- o. Kundenwechseln gegeben war, i. V. mit deren Weiterbegebung; **RG.** III 25. Juni 85 E. **12** 395; vgl. jedoch N. 30_2;

e. eines versicherten Brandstifters gegenüber der Versicherungsgesellschaft, daß er den Brand verursacht habe; **RG.** II 21. Jan. 88 E. **17** 62;

f. eines Gläubigers, der cedirt hatte, gegenüber seinem früheren Schuldner, daß er

das Eigenthum der Forderung auf einen anderen übertragen habe; RG. 12. Juli 81 (s. o.) III 18. März 89 E. 19 161 (vgl. o. N. 11 a I B α);

II. wegen Unerheblichkeit der btr. Thatsache für das einzugehende Rechtsgeschäft nicht gefunden in dem Verschweigen:

a. der für das Bestehen bzw. Nichtbestehen einer Verbindlichkeit neben einem Wechsel relevanten Verhältnisse bei Weiterbegebung eines Wechsels; RG. I 15. Nov. 80 E. 3 35, Berlin 10. Juli, Dresden 20. Okt. 73, St. 8 122, 355;

b. eines pactum de oppignerando bei Verkauf einer Sache; Berlin 15. Juli 78 St. 8 230.

15) Das RStGB. stellt, in einer dem Bedürfnisse entsprechenden Ausdehnung des Thatbestandes des PrStGB. § 241, neben die „Erregung" eines „Irrthums" (§ 59 N. 7) als Modalität des Thatbestandes die „Unterhaltung" eines solchen. Letztere setzt einen „bereits und noch bestehenden Irrthum" voraus (Berlin 31. Okt. 73 St. 3 216), ist aber keineswegs mit der bloßen Benutzung eines solchen zu identifiziren; RG. III 17. März 90 E. 20 326, Merkel HH. 3 752, H. Meyer S. 706 N. 29, Oppenh. N. 56, v. Schwarze N. 22. Da die „Unterhaltung eines Irrthums" durch die Hdlg. der „Vorspiegelung falscher oder der Entstellung und Unterdrückung wahrer Thatsachen" (vgl. o. N. 10₃, 12, 13) verursacht sein muß (N. 17), so stellt die Irrthumsunterhaltung selbst als eine positive Thätigkeit sich dar (vgl. die Motive), die theils als Bestärkung des bestehenden Irrthums, theils als Verhinderung seines Aufhörens in Betracht kommt; H. Meyer S. 706.

Da es um bloße Modalitäten des Thatbestandes sich handelt, so ist auch eine alternative Feststellung zulässig (§ 47 N. 29); vgl. RG. III 28. Nov. 89 E. 20 144, das im übrigen in einem Falle, wo der Verkäufer einer mit verborgenen Fehlern behafteten Sache, die er selbst vorher, obschon ohne bewußte Beziehung auf den späteren Verkauf, in einen, jenen Fehler verbergenden Zustand gesetzt hatte, beim Verkaufsabschlusse das Vorhandensein der Fehler nicht anzeigte, eine „aktive Irrthumserregg.- o. -unterhaltung, d. h. Vorspiegelung falscher und Unterdrückg. wahrer Thatsachen annahm. Beide Alternativen können übrigens auch kumulativ vorkommen, was namentl. dann zutrifft, wenn durch eine und dieselbe Vorspiegelung ꝛc. bei einer Person ein Irrthum erregt, bei einer anderen ein solcher unterhalten wird; vgl. Dresden 9. Juli 75 St. 5 374 (s. u. N. 52).

16) Wer getäuscht sein müsse, sagt das Gesetz nicht; es folgt daraus, daß der Getäuschte mit dem Beschädigten (N. 24, 50) nicht identisch zu sein braucht; der Getäuschte kann vielmehr ein anderer als der Beschädigte sein, sobald nur diese Verschiedenheit der Personen nicht den nothwendigen Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Beschädigung aufhebt (N. 25). So die GM., insbs.: RG. II 12. Juli 81 R. 3 476, I 25. Sept. 84, IV 25. Nov./5. Dez. 90, E. 11 246, 21 236, ROHG. 25. Sept. 76 Entsch. 21 120, Berlin 17. Sept. 73, 21. Okt. 75, Dresden 16. Jan., München 12. Feb. 74, St. 3 123, 5 375, 4 184, 3 361. AM. Schütze S. 472 N. 10, der Getäuschte müsse immer der Beschädigte, wenn auch nicht der allein Beschädigte sein, da der Schaden des Getäuschten mindestens in einer Ersatzpflicht bestehe. Der erforderliche Kausalzusammenhang ist namentlich, aber nicht, wie Merkel S. 329, HRl. „Betrug" u. HH. 3 764 annimmt, ausschließlich, dann denkbar, wenn der Getäuschte rechtlich in der Lage ist, über das Vermögen des zu Beschädigenden zu verfügen; es kann auch die thatsächliche Möglichkeit hinreichen; so: Hälschner 2 269, v. Liszt S. 488, v. Schwarze N. 27, Gryziecki Betrug S. 108.

In der Praxis wurde trotz Verneinung der Idendität des Beschädigten mit dem Getäuschten dennoch Betrug angenommen, z. B. bei Täuschung:

a. des Prozeß-, Exekutions-, Subhastations-, Vormundschafts-Richters (vgl. u. N. 40); RG. II 8. Juni, 12. Nov. 80, E. 2 91, 436, III 17. März, 22. Mai, I 1. Nov. 80, II 20. Sept. 87, R. 1 479, 808, 2 421, 9 441, das cit. ROHG., Berlin 11. Juli 72, 6. Apr., 6. Okt. 75, 12 Jan. 77, München 19. Jan. 74, 6. Juni 77, Dresden 9. Juni, 14. Juli 76, 28. Mai 77, St. 2 57, 5 114, 376, 7 154, 3 358, 7 329, 147, 148, 328;

b. des gerichtlichen Vollstreckungsbeamten (vgl. u. N. 41); Berlin 12. Jan., 1. Juni, 31. Okt. 72, St. 1 200, 361, 2 196;

c. des Vormundes des Beschädigten; Dresden 9. Juni 76 St. 7 147;

d. des Vertreters (Bevollmächtigten, Beamten des Beschädigten, z. B. des Steuerfiskus, einer Eisenbahnverwaltung, einer Versicherungsgesellschaft); RG. BStS. 4. Apr., I 20. Juni 81, E. 4 50, 295, I 7. Feb. 87 R. 9 114 (Täuschung des Schaffners durch Vorzeigung eines einem Angehörigen unübertragbar ausgestellten Abonnementsbillets), Dresden 12. Juni 71 St. 1 57.

17) Das Gesetz verlangt, daß der Irrthum „durch" Vorspiegelung falscher Thatsachen rc. erregt oder unterhalten sei; die Wahrheitsverletzung, als das „auf Täuschung berechnete Mittel" (§ 144) muß die Ursache der Täuschung geworden sein (vgl. § 234 N. 4), wenn auch vielleicht im Zusammentreffen oder in Verbindung mit einem anderen Momente. Die Wahrheitsverletzung kommt nur in Betracht, insofern sie einen Irrthum erregt oder unterhält, also einen täuschenden Einfluß auf die Vorstellungen eines Anderen ausübt und insofern sie auf diese Wirkung berechnet ist; Merkel HH. 3 755. Es genügt deshalb nicht, daß sie nur eine der faktischen Bedingungen, eine Veranlassung, für die Täuschung war; RG. III 23. Feb. 81 E. 3 392.

Ist die Kausalität zwischen Wahrheitsverletzung und Täuschung vorhanden, so ist es gleichgültig, ob der Irrthum auch bei richtiger Schlußfolgerung entstehen bzw. bestehen bleiben, oder ob er vermieden, bzw. berichtigt werden konnte; Dresden 12. Juni 71 St. 1 57, Berlin 20. Sept. 78 O. 19 425.

Zu den Wahrheitsverletzungen, die meist nicht geeignet sind, eine „Täuschung" zu verursachen, gehören namentl. die falschen Vorspiegelungen der Bettler (vgl. Dresden 10. Apr. 76 St. 7 145) sowie die allgemeinen, in Tageblättern oder öffentlichen Anschlägen enthaltenen Reklamen der Kaufleute, Inhaber von Vergnügungslokalen rc. (vgl. Dresden 26. Okt. 74, 9. Juli 75, St. 5 113, 374), bzw. diejenigen in den sog. Gründungsprospekten, welche den kaufmännischen Reklamen im wesentlichen gleichstehen (Möller Gründerprozesse S. 29, 81, v. Schwarze N. 10a A. 4). Immerhin ist aber auch in diesen Fällen die Möglichkeit eines Kausalzusammenhanges zwischen Wahrheitsverletzung und Täuschung nicht unbedingt ausgeschlossen; bezüglich der Anpreisungen sieht Hälschner 2 264 diese solange für ausgeschlossen an, als nicht durch deren bestimmte Formulirung die gerühmten Eigenschaften der Waare nach einem festen Maßstabe bestimmbar seien.

Beschädigung eines fremden Vermögens durch Täuschung. N. 18—41.

18) Das Resultat einer das Vermögen eines Anderen beschädigenden Hdlg. ist ein „Vermögensschaden" oder, was damit gleichbedeutend, ein „Vermögensnachtheil", dessen Begriff e contrario aus der Begriffsbestimmung eines „Vermögensvortheiles" (N. 43) sich ergiebt. Hiernach ist ein Vermögen beschädigt, d. h. eine „ungünstigere Gestaltung der Vermögenslage", eine „Verminderung des Gesammtvermögenswerthes", herbeigeführt (RG. I 6. Dez. 80, BStS. 20. Apr. 87, III 5. März 88, E. 3 142, 16 1, 17 233, Binding Normen 2 561, v. Liszt S. 487), wenn das Vermögen nach dem btr. Ereignisse einen geringeren Werth als vorher repräsentirt (Merkel S. 329, Betrug S. 103 ff., HRl. „Betrug" u. HH. 3 758, 4 432), wenn also ein pekuniärer Nachtheil eingetreten ist; aM. H. Meyer S. 698, 711, es komme nicht auf eine Beschädigung des Vermögens im Ergebnisse, sondern auf die Verletzung des Vermögens in irgend einem seiner Bestandtheile an (s. jedoch u. N. 51). Ansprüche, welche als auf unsittlichen, unerlaubten bzw. strafbaren Hdlgen beruhend ungeeignet sind, irgend welche Anerkennung im Rechte zu finden, können auch zur Herstellung des Begriffes der Vermögensbeschdgg. nicht verwerthet werden; RG. IV 23. März 88, III 27. Apr. 89, I 30. Okt./6. Nov. 90, E. 17 264, 19 186, 21 161 (das gelte namentl. auch für den Fall, wenn der Getäuschte durch Vorspiegelung einer rechtlich unmöglichen Gegenleistung zu einer eine Minderung seines Vermögens einschließenden Aufwendung bestimmt worden sei, insbs. auch dann, wenn von vornherein der Entschluß bestand, die versprochene Gegenleistung, z. B. Lieferung gestohlener Banknoten, nicht zu erfüllen); von demselben Standpunkte aus verneinte Berlin 9. Dez. 75 St. 6 3 bei Lieferung sog. Räucherpapiervignetten statt „täuschend nachgemachter Banknoten" eine Vermögensbeschdgg.

Daß der pekuniäre Nachtheil seinem Betrage nach fixirt werden könne, erscheint nicht

erforderlich; es genügt vielmehr zur Annahme einer Vermögensbeschädgg. der Nachweis, daß ein solcher Nachtheil vorliege; RG. I 20. Apr. 82 R. **4** 364, Berlin 22. Apr. 79 O. **20** 219.

Eine bloße Gefährdung des Vermögens im Ganzen oder in einzelnen Bestandtheilen, die bloße Möglichkeit künftigen Eintritts einer Vermögensbenachtheiligung ist an sich (vgl. jedoch N. 20) noch keine Vermögensbeschädgg., da diese nothwendig eine nachtheilige Veränderung des aktuellen Vermögenszustandes voraussetzt; RG. III 8. Nov. 83 E. **9** 168.

19) Der pekuniäre Nachtheil kann entweder „effektive substantielle Verminderung des bereits vorhandenen Vermögensbestandes", also ein positiver Verlust (damnum emergens) oder Vereitelung der Erlangung eines pekuniären Gewinnes (lucrum cessans) sein; so die GM., insbs. RG. III 7. Dez. 81 R. **3** 772; aM. München 12. Feb. 74 St. **3** 360, welches eine Vermögensbeschädgg. überhaupt nur „an einem bisher schon der Sache oder dem Werthe nach, also wenigstens kraft eines schon existenten Forderungsrechtes, den Bestandtheil eines fremden Vermögens bildenden Objekte" für möglich erachtet, somit, da auch der Verlust persönlicher Forderungsrechte zum damnum emergens gehört (Berlin 12. Juni 77 St. **7** 332), das lucrum cessans ganz unbeachtet läßt.

20) Ein damnum emergens liegt in der Gefährdung eines Vermögensrechtes nur unter der Voraussetzung, daß dieselbe zugleich eine Verschlechterung des gegenwärtigen Vermögenszustandes in sich faßt; so ist z. B. der Werth einer infolge der Unsicherheit des Schuldners in ihrer Einbringlichkeit gefährdeten Forderung effektiv ein geringerer als der einer sicheren Forderung (vgl. u. N. 35 I); dasselbe gilt beim Vorliegen einer größeren gegenüber einer geringeren Gefährdung; so die GM., insbs. RG. III 8. Nov. 83 E. **9** 168, 25. Juni 85 R. **7** 434; aM.: Merkel HH. **3** 763 N. 6, v. Schwarze N. 6.

Aus jenem Gesichtspunkte ist auch die Frage, ob der sog. Kreditbetrug (insbs. die Zechprellerei), d. h. der Fall, wo Jemand unter Verhältnissen, die seinen Voraussetzungen nicht entsprechen, zur Kreditgewährung bzw. Verlängerung veranlaßt wird, unter dem Zutreffen der übrigen Voraussetzungen als Betr. i. S. des § 263 anzusehen sei, alsdann bejahend zu beantworten, wenn dadurch in der That eine den Werth der Forderung mindernde Gefährdung derselben eingetreten ist; so: RG. III 23. Feb. 81 E. **3** 392 (vgl. auch III 7. Apr. 80 E. **2** 5, II 1. Juni 83 R. **5** 395), Dresden 12. Mai 71, Berlin 31. Mai 72 (bei Gewährung eines Hypothekendahrlehns auf ein mehr als angegeben belastetes Grundstück, wenn auch bei der demnächstigen Subhastation selbst ältere Hypothekenschulden unberichtigt blieben), St. **1** 56, 362, Geyer **2** 59, H. Meyer S. 698, Schütze S. 471 N. 6, v. Wächter S. 458; aM.: Gryziecki Betrug S. 104, Hälschner **2** 253, Merkel HH. **3** 762 (vgl. jedoch S. 771), v. Schwarze N. 7, welche den Kreditbetrug für einen wirklichen Betr. niemals ansehen. Grundsätzlich ausgeschlossen ist übrigens der Kreditbetrug selbst dann nicht, wenn der Darlehnsnehmer rc. die Mittel zur Erstattung besitzt; Berlin 28. Mai 73 St. **3** 71.

21) Was speziell das lucrum cessans betrifft, so ist allerdings zu beachten, daß die Beschädigung eines bereits vorhandenen Vermögens vorausgesetzt wird, also nicht blos die Möglichkeit eines Vermögensschadens, sondern dieser selbst entstanden sein muß; RG. III 27. Nov. 80 R. **2** 577, Oldenburg 17. Jan. 72 St. **1** 200. Die Vereitelung ungewisser Hoffnungen auf Vermögenserwerb oder die Entziehung der Gelegenheit zu einem Verdienste, dessen Eintritt von anderen ungewissen Ereignissen mit bedingt ist, stellt deshalb einen Vermögensnachtheil noch nicht dar; derselbe ist vielmehr zu verneinen, solange nicht bereits ein rechtlich begründeter Anspruch (wohlerworbenes Recht) auf den Gewinn besteht; so: RG. II 28. Feb. 82, III 12. Okt. 85, E. **6** 75, **13** 8, Hälschner **2** 257 N. 1, v. Liszt S. 487; aM. RG. III 14. Jan. 80, 7. Dez. 81, E. **1** 68, R. **3** 772 (s. u. N. 37), welche einen Vermögensschaden schon dann annehmen, wenn thatsächlich bzw. nach Maßgabe der objektiven Verhältnisse von selbst ein Gewinn zugeflossen sein würde; ebenso H. Meyer S. 710. Vgl. übrigens u. N. 28.

Aus diesem Gesichtspunkte ist auch die Frage zu entscheiden, ob eine Vermögensbschdgg vorliegt, wenn einem Gläubiger aus dem Vermögen seines Schuldners ein Werthgegenstand entzogen wird, in welchem er im Wege der Zwangsvollstreckung sich würde haben halten können; die Frage ist zu bejahen, wenn die Gläubiger unter Modifikation ihres ursprüng-

lichen Anspruches ein Recht haben, gemeinschaftliche Befriedigung zu verlangen (was **RG.** IV 25. Nov./5. Dez. 90 E. **21** 236 für den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, auch außerhalb des Konkurses annimmt), zu verneinen, falls ein derartiges wohlerworbenes Recht nicht besteht, also wenn die Voraussetzungen des formellen Konkurses nicht vorliegen (auf einen solchen Fall ist **RG.** IV 23. März 88 E. **17** 264 zu beziehen). Ebenso verneinte **RG.** III 11. Apr. 92 E. **23** 55 das Vorliegen einer Vermögensbschdgg. dann, wenn der eine Gläubiger eines Schuldners einen anderen Gläubiger desselben durch falsche Vorspiegelung davon abhält, ein Pfandr. oder einen Arrest an Vermögensbestandtheilen des Schuldners zu erlangen.

22) Aus dem N. 18 entwickelten Begriffe der Vermögensbeschädgg. folgt, daß von einer solchen nicht die Rede sein kann, wenn der Aufgabe von Vermögensrechten bzw. der Vereitelung eines Gewinnes die gleichzeitige Erlangung eines Aequivalents von gleichem oder gar größerem pekuniären Werthe gegenüber steht. So nunmehr, nachdem theilweise eine andere Auffassung hervorgetreten war, **RG.** BStS. 20. Apr. 87 E. **16** 1 (aM. ORA. R. **9** 254), insbs. II 29. Apr. 81, 6. Nov., 5. Okt. 83, 17. Okt. 84, 21. Nov. 85, 20. Apr. 88, E. **4** 117, **9** 362, R. **5** 577, **6** 627, **7** 687, **10** 325 (durchweg zweiseitige Rechtsgeschäfte, insbs. Tausch und Kauf, btr.), III 7. Juli 84 E. **11** 72 (für die Frage des vollendeten Betr. sei lediglich die objektive Rechtslage maßgebend, wenn die Auflösung eines Vertrages, welchem die exceptio doli entgegengesetzt werden könne, durch Täuschung des früher getäuscht habenden Kontrahenten erlangt sei), 1. Juli 85 R. **7** 450 (wenn der Versicherte bei Liquidation eines Brandschadens theils zu hoch, theils zu niedrig liquidirt habe, so könne von einer Vermögensbeschädigung der Anstalt dann nicht gesprochen werden, wenn der wirkliche zu ersetzende Schaden nicht überschritten sei, und die Art des Versicherungsvertrages nicht eine solche Liquidation ausschließe), 2. Okt. 85 E. **12** 392 (derj., welcher ausdrücklich nur auf feste Prämien versichern und eine Verpflichtung zu Nachschüssen nicht übernehmen wolle, sei deshalb noch nicht an seinem Vermögen beschädigt, wenn er durch Täuschung veranlaßt werde, eine auf Gegenseitigkeit begründete Versicherung und damit die Verpflichtung zu Nachschüssen zu übernehmen); so jetzt ferner das cit. BStS. 20. Apr. 87; vgl. auch I 20. Sept. 83 E. **9** 171 (btr. Täuschung über den Bezug einer Waare von einem bestimmten Zwischenhändler) sowie Berlin 20. Sept. 71 St. **1** 158, welches Vermögensbeschädgg. durch Hinausschiebung einer fälligen Zahlung (s. u. N. 35) in einem Falle verneinte, wo dem Zögernden eine kompensationsfähige Gegenforderung zustand, selbst wenn er bei der Täuschung an jene nicht gedacht oder sie für unbegründet gehalten haben sollte; so ferner: Geyer **2** 60, Hälschner **2** 250, v. Liszt S. 487, Merkel S. 329 u. HH. **3** 766, **4** 432 f., 438, Oppenh. N. 16, v. Schwarze N. 5.

Die überwiegende, neuerdings von Stenglein GS. **40** 102 ff. vertheidigte, Meinung nimmt jedoch an, daß nicht der im Preise seinen Ausdruck findende objektive Werth eines Gegenstandes rc., sondern die auf individuellen Verhältnissen und Zwecken beruhende subjektive Schätzung Ausschlag gebend sei; diese Ansicht verläßt jedoch den Boden des Gesetzes insofern, als statt der erforderlichen Vermögensbeschädigung schon eine Vermögensveränderung für ausreichend erachtet wird. Es erscheint aber richtig, den individuellen Verhältnissen mit dem cit. **RG.** 6. Nov. 83 (welches das cit. **RG.** 29. Apr. 81 in gleichem S. auffaßt) einen weiteren Einfluß nicht einzuräumen, als daß eine Vermögensbeschädgg. des Getäuschten dann nicht für ausgeschlossen zu erachten sei, wenn das von ihm Erworbene für ihn gar keinen oder einen geringeren Werth hat und er zugleich außer Stande ist, die erworbene Sache für einen dem objektiven Werthe derselben entsprechenden Preis ohne Schaden alsbald wieder zu veräußern; auch **RG.** III 21. Juni 86 R. **8** 470 nimmt hier Betr. an; ebenso v. Liszt aO. (die Vermögenslage des Getäuschten stehe in Frage; für ihn, für sein Vermögen müsse die Gegenleistung das Aequivalent für die Leistung enthalten); vgl. **RG.** III 16. Mai 87 E. **16** 93, welches die Voraussetzungen erörtert, unter welchen ein gegen Krankheit verabreichtes Mittel bzw. ein gegen solche ertheilter Rath Gebrauchswerth für den Kranken habe; von diesem Standpunkte erscheint auch I 26. Jan. 88 R. **10** 66 gerechtfertigt, das den Verkauf eines vom Apotheker hergestellten minderwerthigen Präparates unter der falschen Bezeichnung eines anderen vom Käufer verlangten Bitterwassers für Betr.

erachtet hat, selbst wenn die Herstellungskosten den Bezugspreis der echten Waare übersteigen sollte und das Fabrikat zum Preise der letzteren abgesetzt wird. Auf Grund des abweichenden Standpunktes ist jedoch in der Praxis eine Vermögensbeschädgg. für vorliegend erachtet:

a. bei Ankauf einer aus anderer als der verabredeten Produktionsstätte stammenden o. einer mit Fehlern ꝛc. behafteten Sache, welche der Käufer nach den von ihm verfolgten Zwecken bei Kenntniß jener Verhältnisse entweder gar nicht oder nur billiger gekauft haben würde, mag auch der Werth objektiv dem Kaufpreise entsprechen; **RG.** III 27. Okt. 80 R. **2** 399, I 20. Okt. 81, 20. Apr., 6. Juli 82, 29. Sept. 83, E. **5** 137, R. **4** 364, 675, **5** 555, Dresden 8. Dez. 71 St. **1** 294, Berlin 28. Feb. 79 O. **20** 116 (vgl. u. N. 30 II b);

b. bei der seitens einer Aktiengesellschaft erfolgenden Zahlung eines den von den Gründern selbst gezahlten Preis übersteigenden Kaufpreises für das die Unterlage der Gründung bildende Objekt, mag auch der Werth des letzteren dem Kaufpreise entsprochen haben; Berlin 18. Feb. 74 St. **3** 361 (gebilligt von Stenglein Vhdl. d. 14. DJT. **1** 2 S. 98);

c. bei Zahlung einer Versicherungsprämie an eine Versicherungsgesellschaft, bei welcher man eine Versicherung garnicht nehmen wollte, mag auch die trotzdem daselbst genommene Versicherung die gleiche pekuniäre Sicherheit bieten wie die Versicherung bei einer anderen Gesellschaft, bei welcher man versichert sein wollte; Mannheim 13. Sept. 73, 27. März 74, St. **3** 219, **4** 59, Berlin 27. März 74 O. **15** 194.

Andererseits erscheint aber die Ansicht von Merkel HH. **3** 767 f., daß „in der Existenz eines realisirbaren Rechtsanspruches ein den Begriff des Betr. ausschließendes Aequivalent für die Leistung des Getäuschten gegeben sei", unrichtig, da selbst ein derartiges Forderungsrecht dem wirklichen Besitze des Gegenstandes, worauf es gerichtet ist, nicht unbedingt gleich steht; anderenfalls würde Jemand, der zahlungsfähig, seinem Wohnorte nach bekannt und gerichtlich belangbar ist, niemals einen Betr. begehen können, da die unbedingt vorhandene „Verbindlichkeit, das durch die Täuschung Gewonnene zu ersetzen oder zu restituiren", unter jener Voraussetzung realisirbar sein würde; vgl.: **RG.** III 10. Jan. 80 E. **1** 55, Hälschner **2** 255 N. 2, H. Meyer S. 705, Oppenh. N. 5 b. Es würde dann auch die Rechtsunwirksamkeit einer erschlichenen Willenserklärung die Annahme eines vollendeten Betr. ausschließen müssen, während eine derartige formell beweisende Erklärung, trotz ihrer Anfechtbarkeit im Rechtswege, einen Vermögensschaden darstellt; **RG.** III 15. März 83 E. **8** 164.

23) Ist das Thatbestandsmoment durch den Eintritt einer Vermögensbeschädgg. erfüllt, so kann es durch einen späteren Ersatz nicht wieder beseitigt werden; insofern braucht die Vermögensbeschädgg. keine dauernde zu sein; so die GM., insbs.: **RG.** I 7. Juni 80, 20. Juni 81, E. **2** 89, **4** 295, Berlin OAG. 25. Okt., OTr. 19. Juni 73, 16. Apr. 76, München 4. Okt. 73, 13. März 76, Mannheim Dez. 74, 5. Juni 75, St. **3** 215, 21, **6** 322, **3** 123, **6** 3, **5** 118, 371, sowie btr. § 266: **RG.** I 26. Jan., II 2. Juli 80, R. **1** 273, **2** 154, Mannheim 11. Okt. 73 St. **3** 205. Vgl. auch **RG.** II 17. Okt. 82 E. **7** 133, eine in formell gültig geschlossener, wegen bestehender Ehe des einen Theils aber materiell ungültiger Ehe lebende Ehefrau sei hinsichtlich ihrer gütergemeinschaftlichen Vermögensrechte für beschädigt zu erachten, da der z. Z. der That vorhandene Vermögensstand entscheidend sei und der Ehefrau jene Rechte damals zugestanden hätten, weil ihre Ehe noch nicht für nichtig erklärt worden.

24) Das Vermögen eines „Anderen" muß beschädigt sein, d. h. eines Anderen als des Thäters oder desjenigen, in dessen Interesse dieser handelte; steht fest, daß in diesem Sinne ein „Anderer" (der mit dem Getäuschten nicht identisch zu sein braucht; s. o. N. 16) beschädigt worden sei, so bedarf es einer Feststellung der Person des Beschädigten nicht weiter; so Berlin 12. März 74 G. **22** 265 (vgl. jedoch Merkel HH. **4** 434).

Beim Betrugsversuch (N. 53 b γ) ist es nicht nothwendig, daß die Person, die in ihrem Vermögen beschädigt werden soll, bereits existire; so kann z. B. die Absicht auf Beschädigung des Vermögens einer erst zu gründenden Gesellschaft gehen; **RG.** I 9. Juli 88 E. **18** 82.

25) Ausweislich der Worte „Wer .. das Vermögen eines Anderen dadurch beschädigt, daß er ꝛc." muß zwischen der Täuschung und der Vermögensbeschädgg. ein Kausalzusammenhang bestehen; vgl. z. B. einerseits über Fälle vorhandenen Kausalzu-

sammenhanges: **RG.** I 20. Apr. 82 R. **4** 364 (bei Täuschung über einzelne Bestandtheile des verkauften Objektes trotz Abschlusses des Verkaufs in Pausch u. Bogen), Berlin 31. Mai 72, München 19. Jan. 74, Dresden 16. Jan. 74, 9. Juli 75, St. **1** 362, **3** 358, **4** 184, **5** 374 — andererseits über Fälle fehlenden o. nicht festgestellten Kausalzusammenhanges: **RG.** I 10. Nov. 79, 26. Jan., II 23. März 80 (die Täuschung des Exekutors folgte erst auf die bereits eingetretene Vbeschädgg. des Gläubigers), I 15. Nov. 80 (nicht die Täuschung, sondern das eigene Verhalten des Getäuschten trage schon die Beschädgg. in sich), II 22. Nov. 81 (die Beschädgg. sei bereits vor der Täuschung durch eine Unterschl. herbeigeführt), IV 21. Mai 89 G. **37** 196 (f. d. Vbeschädgg. des aus einem früheren Kaufvertrage Berechtigten sei nicht die Täuschung des Grundbuchrichters, sondern die Auflassung kausal gewesen), III 22. Jan. 83 (der Akt der Eheschließung mit seinen vermögensrechtl. Konsequenzen könne als eine einen Vschaden kausal verursachende Hdlg. des Getäuschten nicht angesehen werden), 28. Nov. 89 (die dem Verkäufer nicht angezeigte Absicht, die gekauften Sachen alsbald zu verpfänden, sei nicht kausal f. d. Vbeschädgg.), R. **1** 48, 276, 499, E. **3** 35, **5** 252, **8** 12, **20** 142, München 8. Jan. 73, Dresden 2. Sept. 72, 11. Aug. 73, Berlin 31. Okt. 73, St. **1** 141, 116, **3** 353, 216. Ist für die Vermögensbeschädgg. etwas Anderes kausal, z. B. eine Wegnahme i. S. des § 242 oder, wie in dem o. gedachten, der Entsch. **RG.** 21. Mai 83 zu Grunde liegenden Falle, die Auflassung, so kann eine etwa hinzutretende Täuschung nicht weiter in Betracht kommen; **RG.** II 11. Mai 86 E. **14** 121 (btr. die als Diebstahl zu qualifizirende unbefugte Entnahme von Wasser aus einer öffentl. Wasserleitung).

26) Daß durch die verursachte Täuschung unmittelbar auf das Vermögen, sei es des Getäuschten, sei es eines Dritten, eingewirkt werde, ist der Natur der Sache nach undenkbar. Der Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Vermögensbeschädgg. kann vielmehr nur durch eine Handlung des Getäuschten vermittelt werden; deshalb muß die Täuschung darauf berechnet sein, einen Anderen, den Getäuschten, zu einer Hdlg. zu bestimmen, und muß sie diese Folge wirklich haben. Hiernach berührt der Betr. sich aufs engste mit der Erpressung (§ 253 R. 10); in beiden Fällen tritt zwischen die verbrecherische Hdlg. und den Verbrechenserfolg eine diesen Erfolg vermittelnde Hdlg. eines Dritten, derartig daß der Thäter seinerseits einen weiteren verbrecherischen Akt zur Realisirung nicht vorzunehmen hat; der Thäter bestimmt einen Anderen, beim Betr. durch Täuschung, bei der Erpressg. durch Gewalt o. Drohung, also in beiden Fällen wider dessen wahren Willen, seinerseits, dort aus Irrthum, hier aus Furcht, denjenigen Akt vorzunehmen, der für ihn selbst oder einen Dritten eine Vermögensschädgg. enthält, die andererseits zur Bereicherung des Thäters führen soll. So die GM.; vgl. jedoch jetzt Merkel S. 325, Erpressung könne auch vorliegen, wenn nur die Nöthigung dem Schuldigen die rechtsw. Wegnahme einer Sache ermögliche, sofern nur die angewendete Gewalt o. Drohung nicht die zum Raube gehörigen Merkmale habe.

Die Hdlg. des Getäuschten, welche die Vermögensbeschädgg. vermittelt, kann faktisch nur eine rechtliche Disposition über Vermögenswerthe, eine Veräußerung i. w. S., sein; so: **RG.** VStS. 20. Apr. 87 E. **16** 1, III 22. Jan. 83 E. **8** 12 (deshalb auf Grund der Unterstellung, daß der Angekl. beabsichtigt habe, als Ehemann mit seiner Ehefrau zu leben und das Vermögen seiner Ehefrau getreulich für die Zwecke der Ehe zu verwalten, verneinend, daß durch Täuschung bezüglich der Vermögensverhältnisse behufs Eingehung einer Ehe Betr. seitens des einen Ehegatten gegen den anderen begangen werden könne, da die vermögensrechtl. Beziehungen bei einer Ehe nur Folgerungen des familienrechtl. Instituts seien; s. jedoch u. R. 44 IIa), Merkel HH. **3** 763, 777 R. 10, Schütze S. 472, v. Bar GS. **40** 491; aM. Oppenh. R. 34. Wenn aber Merkel annimmt, daß die Hdlg. in einer bewußten Disposition bestehen müsse, derartig daß z. B. die durch Täuschung erschlichene Vollziehung einer, etwa für eine Petition ausgegebenen und gehaltenen, Schuldurk. kein Betr. sei, so entbehrt diese Auffassung eines gesetzlichen Anhaltes, da das Gesetz lediglich den Kausalzusammenhang zwischen Täuschung u. Vermögensbeschädgg. fordert und ein solcher auch in dem gedachten Falle zweifellos vorliegt.

Diese schädigende Disposition fehlt in den Fällen des heimlichen Mitfahrens sog.

blinder Passagiere; auch deshalb kann darin ein Betrug nicht gefunden werden; im übrigen vgl. o. N. 2a und namentl. die dort citt. Westrum u. v. Bar.

27) Aus der Nothwendigkeit des Kausalzusammenhanges zwischen der Täuschung und der Vermögensbeschädgg. ergiebt sich, daß, falls Jemand Vermögensrechte aufgiebt oder auf einen sicheren Gewinn verzichtet, ohne dafür irgend ein Aequivalent zu wollen, von dem Vorliegen des hier in Rede stehenden Thatbestandsmerkmales des Betr. keine Rede sein kann, wenn auch eine Täuschung des Gebenden durch den Empfangenden mit unterlief; dabei ist aber nicht außer Acht zu lassen, daß das erwartete Aequivalent von der verschiedensten Beschaffenheit, insbs. rein idealer Natur (vgl. z. B. N. 30IIc, 38a), sein kann und keineswegs einen Vermögenswerth zu haben braucht. Aus dem Gesagten folgt ferner, daß, falls Jemand dasjenige Aequivalent erlangt, welches er haben wollte, gleichfalls der oben gedachte Kausalzusammenhang fehlt, wenn auch objektiv eine Vermögensbeschädgg. vorliegt (indem das Aequivalent von geringerem pekuniären Werthe ist als das Hingegebene) und wenn auch eine Täuschung des Gebenden bezüglich der Motive (etwa hinsichtlich der Person des Empfangenden) vorlag; denn nicht dadurch wurde der Vermögensschaden zugefügt, sondern durch den eigenen Willen des Beschädigten. Vgl. Merkel HH. **3** 758, 765, **4** 432.

Ist übrigens die Hdlg. gegen das Vermögen einer Person gerichtet, welcher die Vermögensverwaltung nicht selbst zusteht, so ist deren Zustimmung zu der Beschädigung nicht geeignet, den sonst etwa vorkommenden Kausalzusammenhang zu beseitigen; Berlin 9. Juni 76 St. **7** 147 (btr. Zustimmung eines unter Kuratel gestellten Verschwenders).

28) Wie die Disposition über Vermögenswerthe in der verschiedensten Weise geschehen kann, so kann folgeweise auch die Vermögensbeschädgg. den verschiedensten Inhalt haben, da sie, wenigstens objektiv, in einer Disposition des Beschädigten über sein Vermögen besteht (N. 26_1); Merkel HH. **3** 763 f. Der Vermögensschaden umfaßt aber nicht nur „alle Arten von Vermögensrechten" (Berner S. 569), sondern es kann vielmehr, wie Merkel aO. hervorhebt, alles dasjenige, „worüber bereits jetzt in der Form eines Rechtsgeschäftes wirksam verfügt werden kann", Gegenstand einer Vermögensbeschädgg. sein, deshalb auch ein zukünftiges Vermögensrecht, wenn die Aussicht auf ein solches die rechtliche Folge eines bereits erworbenen Rechtes ist (N. 21); Hälschner **2** 257. Aus diesem Grunde kann auch eine bereits vorhandene Kundschaft, die als solche einen Vermögenswerth repräsentirt, Gegenstand eines Betr. sein (s. u. N. 37); so: **RG.** II 28. Feb. 82 E. **6** 75, H. Meyer S. 711; aM. München 12. Feb. 74 St. **3** 360, auch Berlin 23. Apr. 79 O. **20** 223, welches jenes nur unter der Voraussetzung einer auf ausdrückliche oder stillschweigende Verabredung zurückzuführenden Geschäftsverbindung zugiebt.

29) Die Entziehung des Besitzes einer Sache oder eines Rechtes enthält an sich schon eine Vermögensbeschädgg.; so die GM., insbs. **RG.** III 10. Jan. 80 E. **1** 55.

30) Eine Beschädigung am Eigenthum ist beispielsweise angenommen:

I. wegen fehlender Gegenleistung:

a. bei Zahlung eines nur unter einer nicht eingetretenen Bedingung geschuldeten Geldbetrages; **RG.** III 3. Dez. 79 R. **1** 111;

b. bei einer, ohne gerichtliches Gebot, an den Gläubiger des Verkäufers, statt an diesen selbst, erfolgenden Zahlung des Kaufpreises; Berlin 13. Juli 74 St. **4** 184;

c. bei Hingabe eines Almosens an einen Bettler (vgl. N. 38a); Wolfenbüttel 9. Sept 73, München 17. Juli 75, Dresden 10. Apr. 76, St. **3** 124, **5** 378, **7** 145;

II. wegen nicht hinreichender Gegenleistung:

a. bei Uebertragung von Eigenthum gegen eine schlechte Hypothek oder thatsächlich werthlose persönliche Kaufgeldforderung; **RG.** III 23. Feb. 81 E. **3** 392, Berlin OAG. 28. Sept. 72, OTr. 19. Juni 73, München 23. Juni 77, St. **2** 117, **3** 21, **7** 333; bzw. bei Verwendung von Mündelgut zu eigenem Nutzen von Seiten des Vormundes, ohne gleichzeitigen, die jederzeitige Verfügbarkeit für die Mündel ermöglichenden Ersatz, bzw. bei der Nothwendigkeit, Ersatzansprüche erheben zu müssen, statt auf vorschriftsmäßig angelegte Mündelgelder angewiesen zu sein; **RG.** I 26. Jan. 80 R. **1** 273 (btr. § 266); bzw. bei Verabfolgung verkaufter Waaren auf Kredit, bzw. bei Gewährung eines Darlehns gegen sichernde Urkunden, welche,

statt mit der eigenhändigen Unterschrift des Verpflichteten, mit der Unterschrift eines Bevollmächtigten versehen waren, also nur unter Gewährung eines prozessual viel unsicheren Rechtsanspruches; RG. III 12. Okt. 85 E. 13 6;

b. bei Zahlung des Kaufpreises für eine Waare von anderer als der verabredeten Produktionsstätte, sobald hierdurch eine Verschiedenheit des Preises der Waare bedingt ist, mag auch der innere Werth der Waaren beider Produktionsstätten gleich sein; RG. III 10. März 80 E. 1 266, Berlin 15. Dez. 75 St. 5 377 (vgl. jedoch die oben N. 22a citt. Entsch., denen gegenüber nur zuzugeben ist, daß die Gleichheit des inneren Werthes die Vermögensbeschädigung nicht ausschließt, wenn trotzdem eine, die Ungleichheit der Vermögenswerthe beweisende, Preisverschiedenheit besteht); bzw. bei Zahlung der stipulirten Bausumme für einen vertragswidrig minderwerthigen Bau bzw. eines namhaften Kaufpreises für ein an sich fast werthloses untaugliches Abtreibungsmittel, welcher bei Kenntniß von der wirklichen Beschaffenheit des Mittels nicht gezahlt sein würde; RG. I 10. Jan., 17. Feb. 87, R. 9 15, E. 15 315;

c. bei Zahlung einer Abfindungssumme für die Schulden eines Dritten, sobald diese ohne Wissen des Zahlenden während der schwebenden Verhandlungen durch Zahlungen des Schuldners selbst verringert waren; Berlin 16. Apr. 76, 16. Mai 77, St. 6 322, 7 156;

d. bei Zahlung eines Kaufpreises für die Aktien einer gegründeten Aktiengesellschaft seitens der in die angebotene Konsortialbetheiligung Eintretenden, sobald der Werth der Aktien, in Folge Zuschlages des Gründergewinnes zu dem für die Unterlage der Gesellschaft gezahlten Kaufpreise, dem Preise, zu welchem die Aktien übernommen wurden, nicht entsprach; Berlin 4. Mai 76 St. 6 323.

Dagegen ist verneint, daß, von besonderen Umständen abgesehen (vgl. N. 14d), die Eigenschaft eines an einen Dritten begebenen Wechsels als „Gefälligkeitswechsel" u. die über solche Eigenschaft beim Wechselnehmer bewirkte Täuschung zur Herstellung des Merkmals der Vermögensbeschädgg. verwerthet werden könne; RG. III 14. Mai 91 E. 22 20; in ähnlicher Weise war von I 15. Nov. 80 E. 3 35 die Eigenschaft eines Wechsels als sog. Depotwechsels für unerheblich erachtet.

31) Trotz vorliegender Eigenthumsentäußerung ist dagegen eine Vermögensbeschädgg. wegen Erlangung einer hinreichenden Gegenleistung z. B. verneint:

a. wenn bei einem zweiseitigen Rechtsgeschäft der wirkliche Werth der Leistung der Gegenleistung entspricht, mag auch der vorgespiegelte Werth der Leistung ein geringerer sein als der wirkliche; so die o. N. 22_1 citt. RG. 29. Apr. 81, 6. Nov., 5. Okt. 83, 17. Okt. 84;

b. wenn bei der Kaufgelderbelegung in einer Subhastation der auf eine Hypothek entfallene Betrag dem eingetragenen Gläubiger gezahlt wird, mag derselbe auch in Folge stattgehabter Cession nicht mehr Gläubiger sein; RG. III 27. Nov. 80 R. 2 577;

c. wenn eine begründete Forderung bezahlt wird, mag solches auch, ohne Feststellung durch richterliches Urtheil, auf Grund eines gefälschten Beweismittels geschehen; Berlin 24. Okt. 78 O. 19 482.

32) Eine Vermögensbeschädgg. durch Verlust o. Beschränkung dinglicher Rechte bzw. durch Einräumung solcher ist z. B. gefunden wegen fehlender Gegenleistung:

a. in der Freigabe eines im Wege der Zwangsvollstreckung abgepfändeten Gegenstandes seitens des Vollstreckungsbeamten; RG. I 23. Okt. 79 R. 1 13;

b. in der Entziehung oder Vertheuerung eines Vorkaufsrechtes dadurch, daß das von einem Anderen abgegebene Gebot auf die mit dem Vorkaufsrecht belastete Sache für höher ausgegeben wurde, als es wirklich war; Berlin 12. Juli 71 St. 1 157;

c. in dem Verluste eines Hypothekenr., wenn auch die Werthlosigkeit der fortdauernden persönl. Forderung noch nicht erhellt; Berlin OAG. 25. Okt. 73 St. 3 215;

d. in der Belastung eines Grundstücks wegen einer Nichtschuld, selbst wenn dadurch ein Befriedigungsmittel für die Grundschuld nicht geschaffen wird; Dresden 5. Nov. 77 St. 8 225.

33) Eine Vermögensbeschädgg. durch Leistung einer Handlung von pekuniärem Werthe wurde z. B.:

I. angenommen wegen fehlender Gegenleistg. bei unbefugter Benutzung der Fahr-

gelegenheit auf einer Eisenbahn (vgl. jedoch N. 22a); RG. I 20. Juni 81, 7. Feb. 87, E. 4 295, R. 9 114, II 13. März 88 E. 17 217, Dresden 2. Juni 71 (btr. § 268) St. 1 59; (über die Frage der Uebertragbarkeit der Eisenbahnretour- bzw. Abonnementsbillets vgl. außer dem cit. RG. 7. Feb. 87 auch Berlin KG. Jahrb. 5 400 sowie ferner einerseits de Jonge Unübertragbarkeit d. Retourbillets — Köln 1887 — sowie Retourbillets u. kein Ende — Berlin 1889 —, andererseits Jhering Jahrb. f. d. Dogmatik d. heut. röm. u. deutsch. Rechts 23 327 ff. u. v. Bar GS. 40 481);

wegen nicht hinreichender Gegenleistung bei Beförderung von Frachtgegenständen durch die Eisenbahn für eine in Folge falscher Gewichtsangabe zu gering berechnete Fracht; RG. III 2. Juni 82 R. 2 11, Berlin 12. Juni 77 St. 7 332; bei Aufgabe des mit der Eintragung des Erwerbes im Grundbuche entstandenen Rechte des Fiskus auf einen bestimmten Kostenbetrag gegen Annahme eines geringeren Betrages; RG. III 24. Jan. 84 E. 10 48;

II. verneint wegen hinreichender Gegenleistung, wenn der Schuldner dasjenige leistet, was er unwidersprochen schuldet; RG. III 25. Okt. 83 R. 5 640.

34) Eine Vermögensbeschädgg. durch Uebernehmen von Verpflichtungen ist

I. angenommen α. wegen fehlender Gegenleistung:

a. bei Belastung in den eigenen Handlungsbüchern für erdichtete Auslagen eines im Kontokurrentverhältnisse Stehenden; Berlin 20. Dez. 73 St. 3 350;

b. bei Stipulation einer Abfindungssumme behufs Tilgung einer Alimentationsverbindlichkeit nach bereits erfolgtem Tode des zu Alimentirenden; Mannheim Dez. 74 St. 5 118;

c. bei Eingehung von Wechselverbindlichkeiten ohne Empfang einer Valuta; RG. III 7. Jan. 80 R. 1 196, I 6. Dez. 80 E. 3 142, Stuttgart 14. Dez. 72, Dresden 16. Apr. 75, St. 2 197, 6 5;

β. wegen nicht hinreichender Gegenleistung:

a. bei Abnahme einer Waare, die zwar äußerlich von der verabredeten Beschaffenheit, in Wahrheit aber nicht der Abrede gemäß war; RG. I 20. Okt. 81 E. 5 137 (vgl. jedoch N. 22a), Mannheim 5. Juni 75 St. 5 371;

b. bei Verkauf bzw. Verpachtung eines Grundstücks nach vorhergegangener mündlicher Abrede auf Grund schriftlichen Vertrages, in welchen betrügerischer Weise andere Verabredungen aufgenommen waren; RG. IV 5. Dez. 84 R. 6 784, Berlin 24. Okt. 72 St. 2 117;

c. bei Eingehung einer Wechselverbindlichkeit in einer der empfangenen Valuta nicht entsprechenden Höhe; Dresden 24. Apr. 76 St. 7 146;

II. verneint wegen Nichtzustandekommens einer bindenden Verpflichtung:

a. bei der auf einer an eigene Order ausgestellten, mit dem Blankogiro des Ausstellers versehenen Tratte aus Gefälligkeit geschehenden Beifügung eines Blankogiros seitens eines Dritten, ohne Begebung des Wechsels seitens des Ausstellers; RG. III 22. Feb. 83 E. 8 68;

b. bei Ausstellung eines Schuldscheins ohne Angabe des Verpflichtungsgrundes (nach PrALR.); RG. III 8. Nov. 79 E. 1 97.

35) Eine Vermögensbeschädgg. durch Hinausschieben des Zahlungstermins für eine Forderung ist z. B.

I. angenommen vom Gesichtspunkte der Gefährdung der Forderung (N. 20), zum Theil auch von dem konkurrirenden Gesichtspunkte des Zinsverlustes bzw. Diskontoabzuges:

a. bei Prolongation eines Wechsels, selbst wenn der Wechselverpflichtete zur Zeit der Prolongation Mittel zur Einlösung nicht besaß; RG. II 21. Okt. 79 R. 1 12;

b. bei einer gegen die mündliche Abrede geschehenen Aufnahme weiterer Fristen für die Bezahlung einer Cessionsvaluta in die (vom Cedenten nicht gelesene) Cessionsurkunde; München 13. März 76 St. 6 3;

c. bei Hinausschiebung einer bereits eingeleiteten Zwangsvollstreckung; so Berlin konstant, z. B. 12. Jan., 11. Juli 72, 8. Juli 74, St. 1 200, 2 57, 4 186 (während Stuttgart 23. Dez. 74, 13. Juli 75, St. 5 134, 135 btr. § 268 annimmt, daß es dabei lediglich um eine im Einzelfalle zu entscheidende Thatfrage sich handele);

II. verneint bei gleicher Sachlage wie zu Ic von Wolfenbüttel 13. Okt. 71 St. 1 189, weil „durch den Aufschub der Exekution weder bereits arrestirte Gegenstände dem Gläubiger

entzogen, noch die Forderung ganz oder zum Theil verloren gegangen sei, auch der Zinsverlust wegen seiner Geringfügigkeit als Vermögensbeschädgg. nicht in Betracht komme" (auch Meves StRZ. **12** 165, Zimmermann GS. **24** 307 u. v. Schwarze N. 6, dem Merkel HH. **3** 758 N. 1 zuzustimmen scheint, verneinen hier die Vermögensbeschädgg. bzw. die Strafbarkeit der Hdlg.).

III. Während ferner RG. III 2. Feb. 81 E. **3** 332 angenommen hatte, daß schon in der Stundung an sich für den Gläubiger ein Nachtheil liege, weil sie den Verzicht auf das Recht sofortiger Zahlung am ursprünglichen Verfalltage enthalte, hat RG. III. 9. Juni 87, 8. Juni 91, E. **16** 164, G. **39** 228 diese Ansicht (gegenüber dem o. N. 18 u. 22 cit. RG. VStS. 20. Apr. 87) nicht mehr aufrecht erhalten, vielmehr noch für erforderlich erachtet, daß durch die Stundung die zur Zeit ihrer Ertheilung noch vorhandene Einbringlichkeit der Forderung vereitelt o. vermindert o. in höherem Grade gefährdet sein müsse, was nicht zutreffe, wenn der Schuldner bereits z. Z. der Stundung völlig zahlungsunfähig gewesen sei.

36) Eine Vermögensbeschädgg. durch Verlust bzw. Verkürzung einer Forderung (mag dieselbe auch bedingt sein; RG. II 4. Dez. 85, I. 21. Feb. 89, E. **13** 138, **18** 445) ist z. B.

I. angenommen:

a. bei der Annahme einer unsicheren Hypothek oder von Werthpapieren zu ihrem den Kurswerth übersteigenden Nennwerthe an Zahlungsstatt für eine Kaufgeldforderung; RG. III 13. März 80 E. **1** 309, Berlin OAG. 11. Okt. 71 St. **1** 55;

b. bei der Cession einer Forderung gegen eine, mit Rücksicht auf die Höhe u. Bonität der letzteren, unverhältnißmäßig geringe Valuta; München 4. Okt. 73 St. **3** 123;

c. bei Aufgabe eines bei Lieferung von Backwaaren kontraktlich gewährten Rabattes gegenüber dem Ladenpreise zu Ungunsten des Geschäftsherrn (unter Gutschreiben desselben für den Bevollmächtigten), mag auch die Gegenleistung für die Backwaaren unter dem Werthe des Empfangenen geblieben sein; RG. II 6. Juli 80 E. **2** 215 (btr. § 266²);

II. verneint:

a. in einem Falle, wo die Entstehung einer Forderung selbst wegen fehlender schriftlicher Form (auf Grund des Kgl. SächsBGB.) bzw. die Rechtsgültigkeit der Forderung wegen begründeter exceptio doli zu verneinen war; RG. III 7. Dez. 81 R. **3** 772, 7. Juli 84 E. **11** 72;

b. bei Veräußerung einer Sache, bezüglich welcher ein pactum de oppignerando abgeschlossen war, weil (nach PrALR.) der lediglich persönliche Anspruch trotzdem bestehen blieb; Berlin 15. Juli 78 St. 8 230.

37) Eine Vermögensbeschädgg. durch Vereitelung eines in Aussicht stehenden Gewinns (vgl. N. 21) ist z. B. verneint:

a. bei Beeinträchtgg. einer zukünftigen (N. 28) Kundschaft; RG. II 28. Feb. 82 E. **6** 75;

b. bei Entziehung eines thatsächlich zum Abschlusse bereiten Kauflustigen (weil es zu einem, wenn auch nur bedingten, Rechtsgeschäfte nicht gekommen); RG. III 12. Okt. 85 E. **13** 8;

c. bei Bestimmung eines Richters durch falsche Vorspiegelungen, von der Verhängung einer Geldstr. (Ordnungsstr.) abzustehen, weil nur ein Zuwachs des fiskalischen Vermögens verhindert werde, auf welchen der gesetzliche Anspruch unverletzt fortbestehe; RG. I 21. Feb. 89 E. **18** 442;

d. bei Verkauf einer Waare seitens eines Kaufmannes mit geringerem Vortheile, als er regelmäßig zu verkaufen pflegt; Oldenburg 17. Jan. 72 St. **1** 200;

dagegen entgegen der Ausführung in N. 21 zu Unrecht angenommen von den das. citt. RG. 14. Jan. 80 u. 7. Dez. 81 bei Vorenthaltung einer Lohnerhöhung seitens des Werkführers einer Fabrik, dem gegenüber der Fabrikherr eine solche, ohne Wissen der Arbeiter, bewilligt hatte, bzw. bei Hingabe eines Grundstücks zu einem geringeren Kaufpreise, als wie er bei den vorliegenden Verhältnissen vom Kauflustigen zu erlangen war.

38) Wie die in N. 17_3 hervorgehobenen Wahrheitsverletzungen meist eine Täuschung nicht hervorgerufen, so fehlt andererseits, selbst wenn sie eine Täuschung verursacht haben,

doch häufig der für den Thatbestand des Betr. erforderliche Kausalzusammenhang zwischen der Täuschung und der Vermögensbeschädigung.

a) Wenn Jemand durch die Vorspiegelungen eines Bettlers getäuscht wird und ihm demnächst auch ein Almosen giebt, so liegt dennoch nicht unbedingt eine durch Täuschung verursachte Vermögensbeschädgg. vor; möglich ist immerhin noch, daß der Angesprochene die Gabe lediglich giebt, um den Bettler los zu werden, daß er also nur „aus Anlaß der Täuschung durch seine eigene Laune zum Geben bestimmt wurde" (H. Meyer S. 709), ohne also ein, auch nur ideales, Aequivalent für seine Gabe zu wollen (s. o. N. 27). Wie sich dieses häufig in der Geringfügigkeit des Gegebenen ausprägt, so läßt umgekehrt nicht selten die verhältnißmäßige Größe der Gabe darauf schließen, daß der Gebende nicht in jener äußeren Absicht gab, sondern um einen wahrhaft Hülfsbedürftigen und Mitleid Verdienenden zu unterstützen; bei dieser Sachlage ist in der Hingabe des Almosens eine durch die Wahrheitsverletzung verursachte Vermögensbeschädgg. zu sehen und der Thatbestand des Betr. nicht etwa deshalb zu verneinen, weil die Minderung des Vermögens eine freiwillige sei; das ist sie hier, wie in allen Fällen des Betr. (N. 26), nur scheinbar, indem der Gebende durch den Irrthum in einen Zustand der Unfreiheit versetzt wurde. So, außer den N. 30 Ic citt. Entsch.: **RG.** I 4. Juli 81, III 26. Mai 82, E. **4** 352, **6** 360, Berner S. 570, Geyer **2** 59, Hälschner **2** 249, v. Liszt S. 488, Merkel HH. **3** 765, H. Meyer aO., Teichmann HRl. „Bettelei", v. Schwarze N. 15a. Was vom Betteln gilt, findet in erhöhtem Maße auf das Kollektiren (§ 361⁴ N. a 7) Anwendung, so daß der Begriff des Betr. mit diesem durchaus vereinbar ist; **RG.** IV 3. Nov. 85 R. **7** 638.

b) Ebenso unterliegt es der thatsächl. Beurtheilung, ob, wenn die wahrheitswidrigen Reklamen eines Kaufmanns ꝛc. im Einzelfalle eine Täuschung verursacht haben, auch ein Kausalzusammenhang zwischen dieser Täuschung und der Vermögensbeschädgg. anzunehmen sei; so: Geyer **2** 59, Hälschner **2** 264, v. Liszt S. 488. Bejaht ist dieser Kausalzusammenhang z. B. in den N. 17_3 citt. Dresden 26. Okt. 74, 9. Juli 75.

c) Das Gleiche gilt von dem Kausalzusammenhange zwischen der durch einen Gründungsprospekt veranlaßten Täuschung und einer demnächstigen Vermögensbeschädgg. der ersten Aktienzeichner und Aktiennehmer, welche mit den Gründern selbst oder deren Komplicen in ein Vertragsverhältniß getreten sind. Vgl. einerseits: Möller Gründerprozesse S. 31 ff., Mittelstädt Vhdl. d. 14. DIT. **1** 2 S. 112, v. Liszt S. 488, Merkel HH. **4** 439, v. Schwarze N. 10a A. 4, welche, ohne die Möglichkeit eines solchen Kausalzusammenhanges gänzlich zu leugnen, dennoch einen solchen meist für fehlend oder wenigstens für nicht nachweisbar erachten, andererseits: H. Meyer S. 709, Feige G. **26** 307, Stenglein, Thomsen, Vhdl. d. 14. DIT. **1** 2 S. 98, 2 165, welche der Annahme eines derartigen ursächlichen Zusammenhanges geneigter sind, ferner Berlin 18. Feb. 74, 4. Mai 76, St. **3** 361, **6** 323, das i. c. den qu. Kausalzusammenhang bejahte.

d) Wer lediglich im guten Glauben an die Vertragstreue des Gegenkontrahenten eine vertragswidrige Waare ohne weitere Prüfung als vertragsmäßige hinnimmt, hat sich durch das Versprechen des Anderen, Waaren von gewisser Beschaffenheit liefern zu wollen, täuschen lassen, während ihm über die ihm thatsächlich gelieferte Qualität nichts vorgespiegelt ist; **RG.** III 5. Juli 86 E. **14** 310.

39) Erachtet man die Absicht Jemandes für eine innere Thatsache (N. 9), somit auch die Irrthumserregung durch Vorspiegelung der Absicht, zu leisten (des animus solvendi), für eine Täuschung i. S. des § 263, so kann doch im Weiteren der Kausalzusammenhang zwischen dieser Täuschung und der bei demnächstiger Nichterfüllung sich ergebenden Vermögensbeschädgg. zweifelhaft sein. Zu verneinen ist derselbe, wenn die Beschädgg. erst durch die Nichterfüllung selbst verursacht wird; so hat München 28. Feb. 73 St. **2** 292 mit Recht den fraglichen Kausalzusammenhang in dem Falle verneint, wo Jemand unter der falschen Vorspiegelung, wirklich in Dienst treten zu wollen, sich unter Annahme eines Handgeldes vermiethet hatte, weil, wenn auch der Miethende über die Absicht des Vermiethenden sich hatte täuschen lassen, dennoch bei der in concreto möglichen Verfolgbarkeit des Vermiethenden (der seinen richtigen Namen angegeben ꝛc.) der Vermögensschaden nicht schon durch

die Täuschung, sondern erst durch die Richterfüllung eingetreten war. Derartig liegen aber keineswegs, wie Hälschner 2 262 annimmt, alle Fälle der Täuschung über das Vorhandensein einer Absicht des Täuschenden (bzw. einer Ansicht, einer Meinung); denn wenn auch die civilrechtl. Wirksamkeit des Geschäftes von der mala fides des sich Verpflichtenden unabhängig ist, so kann doch in der Vorleistung selbst die Beschädigung alsdann liegen, falls die Nachleistung durch die konkreten Umstände von vornherein ausgeschlossen und nicht erzwingbar, die eingegangene Verpflichtung also ohne jeden Vermögenswerth ist.

40 a) Der erforderliche Kausalzusammenhang liegt nicht vor, wenn der Richter durch ein, in keiner Weise bescheinigtes oder bewiesenes, einseitiges Parteivorbringen bewogen, eine für die Gegenpartei eine Vermögensbeschädgg. involvirende Verfügung o. Entscheidung trifft; mag hier auch eine Täuschung des Richters vorliegen, so ist doch die Vermögensbeschädgg. nicht durch diese, sondern durch die Vernachlässigung der richterlichen Pflichten verursacht; so die GM., insbs. **RG.** III 25. Feb. 79, 30. Dez. 81, I 12. Mai 90, E. **1** 227, **5** 321, **20** 391; aM.: Berlin 11. Juni 72 St. **2** 57, H. Meyer S. 710 N. 50; vgl. aber auch Hälschner 2 267, das wahrheitswidrige Behaupten dürfe nicht den Anspruch machen, das Verhalten des Gegners zu bestimmen, sowie Frank ZfStRW. **12** 320. Wird jedoch das blos einseitige Parteivorbringen in der einen oder der anderen Weise überschritten, so kann sehr wohl ein Betrug durch Täuschung des Richters begangen werden; vgl. deshalb die o. N. 16a citt. Entscheidungen. Es gilt dieses namentl., wenn die Täuschung durch Vorlegung falscher o. gefälschter Urkunden bewirkt, aber auch bei Vorlegung an sich echter, jedoch materiell unrichtiger Beweismittel, wie z. B. eines echten, aber bezahlten und nicht kassirten Wechsels (**RG.** I 1. Nov. 80 R. **2** 421), oder einer auf eine andere als die eingeklagte Forderung bezüglichen Quittung (**RG.** I 26. Sept. 87 E. **16** 193).

b) Auch insofern die Täuschung der Partei in Betracht kommt, reicht ein unwahres Parteivorbringen in der Regel nicht aus, um den erforderlichen Kausalzusammenhang herzustellen. Sind die Parteibehauptungen aber nicht nur, wie meist, darauf gerichtet und dazu geeignet, dem Gegner die Beweislast zuzuschieben (Merkel S. 328), soll somit durch dieselben der Gegner nicht nur bewogen werden, die thatsächlichen Grundlagen des erhobenen Anspruches nachzuweisen, sondern wird beabsichtigt, durch jene den Gegner zum Abstehen von jedem weiteren Vorgehen überhaupt zu veranlassen, so können darin zur Annahme eines Betr. geeignete Täuschungen gefunden werden; **RG.** I 14. Apr. 87 R. **9** 232. Handelt es sich gar um Verhandlungen unter Personen, die im Falle eines gerichtl. Verfahrens Prozeßgegner sein würden, so kann sehr wohl bei Täuschung einer Partei durch unwahre thatsächl. Angaben der anderen der erforderliche Kausalzusammenhang vorliegen; Dresden 12. Juni 71 St. **1** 57 (btr. Täuschung einer Versicherungsgesellschaft durch Ueberliquidation).

41) Ganz Entsprechendes, wie bezüglich des Richters (N. 40), gilt auch bezüglich des gerichtlichen Vollstreckungsbeamten (vgl. N. 16b); auch dieser darf einseitigen Angaben des Exequenden keinen Glauben schenken; so wird durch die unwahre Angabe desselben, den zu pfändenden Gegenstand nicht in Gewahrsam zu haben, ein Betr. selbst dann nicht begangen, wenn der Beamte dadurch sich täuschen läßt; so die GM., insbs. Berlin 2. Juli 79 O. **20** 319.

In den N. 16b citt. Entsch. wurde der Kausalzusammenhang für vorliegend erachtet, weil die Angabe des Exequenden über Befriedigung des Gläubigers durch Vorlegung eines materiell unrichtigen Postscheines unterstützt wurde; vgl. auch **RG.** II 23. März 80 R. **1** 499, durch Benutzung eines Postscheines über eine vom Exequenden angeblich abgesandte Summe und die dadurch über die Befriedigung des Gläubigers herbeigeführte Täuschung des Exekutors könne Betr. begangen werden, wenn auch letzterer seinen Dienstvorschriften nicht vollkommen entsprechend gehandelt habe.

Dolus. N. 42—51.

42) Der Betrug ist, wie die Erpressg. (§ 253 N. 8), ein Bereicherungsdelikt; denn er erfordert, gleich dieser, als Thatbestandsmerkmal „die Absicht (N. 49), sich oder einem Dritten (N. 48) einen rechtswidrigen (N. 45 f.) Vermögensvortheil (N. 43 f.)

zu verschaffen (N. 47 f.)"; Binding Normen 2 559. Diese Absicht ist aber keineswegs mit Berlin 28. Feb. 79 O. 20 117 zu identifiziren mit dem „im § 263 vorausgesetzten Dolus"; sie bildet vielmehr nur einen besonders wichtigen Bestandtheil des Dolus, der mit Rücksicht auf den o. N. 26, hervorgehobenen begrifflichen Unterschied von der Erpressg. zu bestimmen ist als der Vorsatz, sich oder einen Dritten durch das Mittel der Täuschung rechtswidrig zu bereichern; aM. Binding aO. S. 564, der in der Wahl des Mittels nur ein „zum wesentlichen Merkmal erhobenes Strafmoment" sieht.

Von jenem hervorgehobenen Merkmal des Dolus zunächst abgesehen, folgt aus dessen Wesen, daß der Wille, zu täuschen obwalten muß (so RG. II 30. Okt. 79 R. 1 26, welches denselben in einem Falle verneinte, wo ein Kunstprodukt unter der ortsgebräuchlichen Bezeichnung „Cider" verkauft war), sowie ferner, daß die Beschädigung des Vermögens eines Anderen gewollt sein muß; Binding Normen 2 562, Merkel HH. 3 761, 4 434, Schütze S. 472, Löwenstein Verbrechenskonk. S. 27 N. 2. Es muß endlich die Beschädigung als Folge der Täuschung gewollt sein, so daß also der Täuschende im Bewußtsein des Kausalzusammenhanges zwischen Täuschung und Vermögensbeschädgg. gehandelt haben muß; RG. III 21. Dez. 81 E. 5 277, Wolfenbüttel 13. Okt. 71 St. 1 189. Da übrigens zweifellos auch dolus eventualis ausreichend ist, so deckt die obige Ansicht sich im wesentlichen mit der, von Geyer 2 59, Hälschner 2 271 u. H. Meyer S. 708 für zuweit gehend erachteten, GM., welche nicht das Bewußtsein davon, daß die Vermögensbeschädgg. eines Anderen die Folge der Täuschung des Anderen sein werde, sondern nur das Bewußtsein der Möglichkeit davon, d. h. also daß diese Folge eintreten könne, fordert; so insbs.: RG. II 23. März 80, 1. Juli 84, 29. März 89, R. 1 499, 6 493, E. 19 90, III 21. Dez. 81, I 6. Dez. 80, 8. Juni 82, E. 5 277, 3 142, R. 4 547, München 19. Jan., Berlin 13. Juli, Stuttgart 2. Dez. 74, Mannheim 5. Juni 75, St. 3 358, 4 185, 380, 5 371. Es ist hier zu subintelligiren, daß der Thäter den bewußt möglichen Schaden auch ev. wollen muß, da sonst in der That, wie Hälschner bemerkt, nur fahrlässige Beschädigung vorliegen würde. Richtig ist jedenfalls, daß die Absicht der Vermögensbeschädgg. nicht erforderlich ist, d. h. daß der Zweck des Handelns nicht die Beschädgg. zu sein braucht; so: die citt. RG. 6. Dez. 80, 21. Dez. 81, München 19. Jan. 74, Oppenh. N. 11, in der Sache auch Hälschner 2 270; dies veranlaßt jedoch Berner S. 571 zu der irrigen Ansicht, daß nur „die Möglichkeit des Bewußtseins von einem bevorstehenden Schaden", also bloße „Unvorsichtigkeit" erforderlich sei.

1. u. 49.

43) „Vermögensvortheil" (§ 253) ist einerseits begrifflich enger als „Vortheil" bzw. „Vortheil jeder Art" (§§ 49a N. 15, 257 N. 31, 39, 258, 259); RG. II 1. Apr. 81 E. 4 48, München 4. Okt. 73 St. 3 123. Der Vortheil muß deshalb nicht nur ein materieller (so jedoch Schütze S. 456 N. 23) sondern von vermögensrechtlicher Bedeutung (H. Meyer S. 719) sein; meist wird ein pekuniärer Vortheil verlangt, der indessen einen bestimmten Schätzungswerth im Gelde nicht erfordere; so namentl. v. Schwarze § 253 N. 12 sowie ferner: Hälschner 2 272, v. Liszt S. 486, Merkel HH. 3 730, Villnow Raub S. 49, Katz GS. 31 440; vgl. jedoch Simonson Vortheil S. 44 f., der auf den hierin liegenden Widerspruch hinweist, da „pekuniär" und „im Gelde ausdrückbar" identisch seien; er tritt deshalb Schütze (aber auch H. Meyer) bei, betont jedoch, daß der Vortheil in der Erlangung der Verfügung mit der Möglichkeit vermögensrechtl. Ausnutzung, nicht in dem Gute, über welches man Verfügung erlange, liege; entschieden unrichtig erscheint es, wenn er S. 50 einen sinnlichen Genuß (z. B. Genießen einer Flasche Wein) nur dann hierher rechnet, falls der Thäter denselben auch ohne die That gegen eine vermögensrechtl. Aufwendung sich verschafft haben würde.

Andererseits ist der Begriff des Vermögensvortheiles weiter als derjenige von „Gewinn" (§ 133 N. 8); denn er umfaßt nicht blos die Vermögensvermehrung, sondern unter der Voraussetzung, daß dadurch auch der Werth erhöht werde, die erhöhte Sicherung des vorhandenen Vermögens o. eines Vermögenstheiles, namentl. also die Abwendung eines Schadens, ferner die erhöhte Leichtigkeit der praktischen Durchführung (die Realisirbarkeit) eines vermögensrechtl. Anspruches; so die GM., insbs. RG. II 3. Dez. 80 R. 2 599, III 16. Okt. 84 E. 11 155.

Demnach ist ein, den Gegensatz zum „Vermögensschaden" (N. 18) bildender „Vermögensvor-

theil" schlechthin jede günstigere Gestaltung der Vermögenslage, jede Vermehrung des Gesammtvermögenswerthes; RG. I 18. Okt. 80, 10. Feb. 81, E. 2 352, 3 378 (btr. G. v. 21. Mai 1878 § 2), 3. Juli 82 R. 4 669 (btr. § 268), III 5. März 88 E. 17 233 (btr. § 263). Sowenig wie der Begriff einer Vermögensbeschädgg. durch einen späteren Ersatz beseitigt wird (N. 23), sowenig wird derjenige eines Vermögensvortheiles durch die Möglichkeit der Nothwendigkeit einer späteren Ersatzleistung berührt; RG. III 25. Juni 85 E. 12 395 (btr. Erlangung einer Diskontosumme zur zeitweiligen Benutzung beim Diskontiren fabrizirter Wechsel), Dresden 1. Nov. 72, 21. März 73, München 19. Jan. 74, St. 2 203, 3 26, 358.

Darauf, welcher Vermögensvortheil beabsichtigt sei, legt das Gesetz kein Gewicht; es genügt deshalb eine alternative Feststellung (§ 47 N. 29) bezüglich desselben, sobald dadurch nur die Identität der That nicht in Zweifel gestellt wird; RG. III 30. Apr. 81 E. 4 167 (btr. § 253).

44) In der Praxis ist als Vermögensvortheil (vgl. auch N. 28 ff.)

I. erachtet worden:

a. der Erwerb des Besitzes einer Sache (N. 29); RG. III 10. Jan. 80 E. 1 55;

b. der Erwerb von Eigenthum, insbs. von Geld; RG. I 20. Okt. 81, 6. Apr. 82, E. 5 137, R. 4 675 (btr. Erlangung des geschäftsübl. Gewinns), Mannheim 13. Sept. 73 St. 3 218 (btr. Erlangung einer Provision);

c. die Erzielung der Vornahme einer Handlung seitens eines Privaten oder einer Behörde; RG. I 5. Feb. 80 E. 1 186 (btr. Abänderung eines in einer Civils. ergangenen ungünstigen Urtheils im Wiederaufnahmeverfahren), II 4. März 81 E. 3 369 (btr. Strafverfolgung seitens der StAschaft wegen Meineides behufs Durchführung der Restitutionskl. gemäß CPO. § 543[3]), Dresden 2. Juni 71 St. 1 59 (btr. Erlangung freier Eisenbahnfahrt);

d. der Erwerb eines oblig. Anspruches (N. 34), insbs. auch gegen Jemand, der für eine bestehende Schuld als Selbstschuldner o. Bürge sich verpflichtet; RG. III 17. März 80 E. 1 318, Berlin 17. Sept. 75, 19. Juni 78, O. 16 585, 19 312;

e. die Erlangung von Kredit; RG. III 25. Juni 85 E. 12 395;

f. die Erlangung einer Stundung; RG. III 2. Feb. 81 E. 3 332 (btr. Wechselprolongation);

g. die Befreiung von einer Verbindlichkeit (N. 36), insbs. von einem rechtskräftig festgestellten Anspruch, mag derselbe auch noch durch einen richterl. Eid bedingt sein o. die Verurtheilung auf einem Meineide des Gegners beruhen; RG. III 11. Juni 81 E. 4 279, Berlin 4. Apr. 76 O. 17 248; von einer (statutengemäß) verwirkten Ordnungsgeldstrafe (also einer Konventionalstrafe); RG. I 11. Feb. 86 R. 8 113 (btr. § 268; vgl. übrigens u. II b); von einer Geldschuld gegen Ueberlassung von Waaren an Zahlungsstatt, selbst wenn deren Werth dem Schuldbetrage nahe o. gleich kommt (im letzteren Falle wegen Erleichterung der Realisirbarkeit); Berlin 28. März 79 O. 20 170; des persönlichen Schuldners von der Verpflichtung einer hypothek. Sicherstellung; Berlin 5. Mai 76 St. 6 328;

h. die Realisirung einer vom Schuldner, wenn auch zu Unrecht, bestrittenen und durch Prozeß nicht mit vorauszubestimmender Sicherheit für durchführbar gehaltenen Forderung, ja, bei Zweifelhaftigkeit der Realisirbarkeit der Forderung nach Zeit oder Summe, selbst die Erlangung nur eines Theilbetrages (nicht jedoch die Realisirung einer begründeten Forderung schlechthin, indem der Vortheil des Geldbesitzes durch den Nachtheil des Unterganges der einen wirklichen Vermögenswerth repräsentirenden Forderung kompensirt wird); so: RG. III 17. März 80, 11. Dez. 82, 16. Okt. 84, E. 1 318, 7 378, 11 155, Berlin 16. Mai 77 St. 7 156; aM. Berlin 16. Apr. 77 St. 6 322, insofern die Erlangung der Befriedigung für eine Geldforderung unbedingt für einen Vermögensvortheil erachtet wird, weil das, worauf nur ein Anspruch bestanden, damit reell in das Vermögen des Gläubigers übergehe;

i. die Erlangung o. Erhaltung einer Kundschaft (N. 28, 37); RG. I 7. Apr. 81 R. 3 202;

k. die Verhinderung o. Verzögerung der Erhebung begründeter Ansprüche; RG. I 3. Juli 82 R. 4 669 (btr. Ansprüche aus einer strafb. Hdlg.);

II. nicht erachtet worden:

a. die sog. reiche Heirath; so das o. N. 26₂ cit. RG. 22. Jan. 83 (allerdings auf Grund der angegebenen eigenthümlichen Unterstellung) die vermögensrechtl. Beziehungen bei der Ehe seien, weil sie auf die ganze Dauer derselben sich erstreckten, so unbegrenzt, daß sie der arithmetischen Berechnung der für die einzelnen Ehegatten hieraus resultirenden Gewinn- u. Verlustantheile sich entzögen; desgleichen verneinend Schütze S. 456 N. 23 und Katz GS. 31 440; aM. dagegen RG. II 21. Mai 86 E. 14 137, welches in einem Falle, wo der Ehemann die Frau nur durch geflissentl. Täuschung über seine Mittellosigkeit zur Eheschließung in der Absicht bestimmt hatte, sich in den Besitz des Vermögens bzw. seiner Einkünfte zu setzen, um dasselbe ohne Berücksichtigung der Zwecke der Ehe für sich zu verwenden, mit Recht die durch Entziehung des Vermögens aus den Händen der Ehefrau unter solchen Umständen eingetretene Vermögensbeschädgg. als durch Täuschung verursachte mittelbare Folge der Eheschließung ansah; ebenso H. Meyer S. 699 u. Oppenh. § 253 N. 4; vgl. auch o. N. 43₁, wonach ein bestimmter Schätzungswerth nicht erforderlich;

b. die Abwendung einer strafrechtl. Verfolgung (vgl. das o. Ik cit. RG. 3. Juli 82 „jedenfalls nicht unter allen Umständen"), selbst nicht soweit es um die Verurtheilung zu einer Geldstrafe sich handelte; so: RG. III 1. Mai 80 E. 2 33 (weil die Strafe um ihrer selbst willen, nicht in der Absicht, den Vermögensverkehr zu vermitteln, verhängt werde), Berlin 10. Jan. 73 St. 2 201; aM. mit Recht: Geyer 2 104, H. Meyer S. 697 N. 9 u. Simonson Vortheil S. 47, weil es für den Thäter dennoch um einen Vermögensvortheil sich handele.

III. nicht unbedingt erachtet worden: ein Zwangsvergleich im Konkurse (jedoch möglicher Weise nach Maßgabe seines konkreten Inhaltes); RG. II 23. Feb. 86 R. 8 136 (btr. § 253).

45) Ein „rechtswidriger" Vermögensvortheil ist ein „wider oder gegen Recht" (contra jus) erlangter Vermögensvortheil, keineswegs schon ein solcher, auf welchen man „kein Recht" hat, also ein Vermögensvortheil, der „ohne einen darauf bestehenden Rechtsanspruch" (praeter legem), unter Verletzung vermögensrechtl. Grundsätze, erlangt wird; so: Hälschner 2 273, 383, Merkel S. 325 u. HH. 3 733, 772, 4 434, Schütze S. 456, F. Meyer § 253 N. 5, Rubo N. 4, Binding Normen 2 560 f., Waag GS. 31 250; aM. außer den Motiven: RG. I 10. Nov. 79, 7. Apr. 81, II 12. Okt. 80, R. 1 48, 3 202, 2 325, III 17. März 80, 9. März, 11. Juni, 17. Dez. 81, 16. Okt. 84, E. 1 318, 3 429, 4 279, 5 352, 11 155, Berlin 20. Jan. 75, 4. Apr, 76, 6. Juli 77, 19. Juni 78, O. 16 58, 17 248, 18 512, 19 312, 24. Okt. 72, 13. Juli 74, 16. Apr. 76, München 17. Juli 75, Dresden 30. Okt. 74, St. 2 117, 4 185, 6 322, 378, 7 152, Berner S. 572, Geyer 2 57, v. Liszt S. 486 („nicht rechtlich begründet"), H. Meyer S. 699, v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 65, Katz GS. 31 443, welche die Rechtswidrigkeit des Vortheils schon dann annehmen, wenn er ohne einen darauf bestehenden Anspruch erlangt ist.

„Rechtswidrig" ist hiernach ein Vermögensvortheil nur dann, wenn das Objekt, auf welches er sich bezieht, einerseits nicht Gegenstand eines dem Betreffenden zustehenden Rechtsanspruches ist, andererseits aber dem Vermögen eines Anderen in einer den privatrechtl. Grundsätzen widersprechenden Weise, d. h. wider den wahren Willen desselben, insbs. mittels Täuschung (§ 263) o. Gewalt bzw. Drohung (§ 253), entzogen wird (s. o. N. 26); so von den Anhängern der o. vertretenen Ansicht namentl. Merkel aO.; ähnlich auch Villnow Raub S. 49, ferner aber auch, angeblich auf dem Boden der reichsgerichtl. Praxis, RG. III 6. Okt. 90 E. 21 114 (Nichtbestehen eines Rechtes auf den erstrebten Vermögensvortheil i. V. mit dem Umst., daß zu dessen Erreichg. beim Betr. das Mittel der Täuschung, bei der Erpr. dasj. des Zwanges dch. Gewalt o. Drohung angewendet worden), welches deshalb trotz der §§ 105, 152 GewerbeO. die Rechtswidrigkt. des erstrebten Vermögensvortheils im Falle des § 253 für nicht ausgeschlossen erachtet, wenn vereinigte Arbeiter z. Erlangung besserer Lohnbedingungen, auf welche ihnen kein Anspruch zusteht, Drohungen anwenden. Zu weit geht dagegen Rubo N. 4, wenn er verlangt, daß „ein an sich, also absolut und objektiv rechtswidriger Vermögensvortheil" angestrebt sein müsse; richtig in dieser Beziehung: Merkel HH. 3 729, Binding

Normen 2 564, Oppenh. N. 6, auch H. Meyer S. 699 sowie **RG.** I. 22. Juni 80, 13. Juni 81, 24. März 84, R. 1 261, 3 386, E. 10 216.

Aus dem Begriffe der Rechtswidrigkeit in diesem Sinne, dem gegenüber das Bestehen einer sog. moralischen Verpflichtung seitens des Getäuschten (bzw. im Falle des § 253 des Vergewaltigten) nicht in Betracht kommt (so btr. § 253: Berlin 20. Jan. 75, 13. Sept. 77, 24. Mai 76, O. 16 58, 18 564, St. 6 314, Oppenh. § 253 N. 5a, Katz GS. 31 443) ergeben sich als Konsequenzen:

a. einerseits, daß ein Vermögensvortheil, auf welchen ein Recht besteht (wenn auch nur in der Meinung des Thäters; N. 51), niemals durch Anwendung der Mittel der Täuschung (bzw. der Gewalt o. Drohung) ein rechtswidriger i. S. der §§ 263, 253 werden kann (s. auch N. 46 B II); so **RG.** III 11. Dez. 82, 7. Juli, 16. Okt. 84, E. 7 378, 11 72, 155, II 26. Jan. 83, 1. Juli 84, 10. Nov. 85, 12. Nov. 89, R. 5 59, 6 493, 7 653, E. 20 56, (btr. Einbringung einer begründeten Forderung bzw. eines fälligen Rechtsanspruches mittels Drohung o. Täuschung unter Vermeidung des Prozeßweges, bzw. Beseitigg. eines vollstreckbaren Urtheils, welches vom Gegner dch. Leistung eines Parteieides unter Verletzung der Eidespflicht erstritten war); vgl. übrigens auch III 30. Apr. 81 E. 4 167, welches, unter Voraussetzung der Unfähigkeit des Schuldners zur Erstattung der Prozeßkosten, lediglich hypothetisch dahin sich ausspricht, es könne die Absicht des Angekl. möglicherweise darauf gerichtet gewesen sein, sich ohne Berechtigung eine günstigere Vermögenslage zu schaffen, ohne jedoch auf die Bedingungen einer solchen Annahme näher einzugehen;

b. andererseits, daß ein Vortheil, der dem Schuldner selbst gegenüber ein rechtlich begründeter sein würde, einem nicht verpflichteten Dritten gegenüber ein rechtswidriger ist; vgl. z. B.: Berlin 13. Juli 74, 16. Apr. 76, Dresden 16. Apr. 77, St. 4 185, 6 322, 7 306.

46) In der Praxis ist die Rechtswidrigkeit des Vermögensvortheils z. B.

A. bejaht (vgl. auch N. 45b), und zwar von:

I. **RG.** II 12. Okt. 80, III 11. Mai 81, 25. Juni 85, I 7. Feb. 87, R. 2 325, 3 294, 7 434, 9 114 (btr. durch Drohung erlangte Befriedigung des Gläubigers seitens des Schuldners trotz gerichtl. Beschlagnahme der Forderung, bzw. Erlangung von Baugeldern von einem zur Gewährung derselben zwar Verpflichteten, jedoch unter der durch Täuschung bewirkten Rechtsverletzung, daß ihm statt der verabredeten Erhöhung der dingl. Sicherheit ein gegen den persönl. Schuldner nicht realisirbares, dinglich nur durch das Unterpfand unausgebauter Gebäude gesichertes Forderungsr. gewährt wurde, bzw. die durch Täuschung erlangte Diskontirung eines fabrizirten Wechsels, trotz demnächstiger Einlösung, falls ein Rechtsanspruch auf Erlaugung der Diskontosumme zur Benutzung fehlte, bzw. Benutzung eines als „nicht übertragbar" bezeichneten Eisenbahnabonnementsbillets durch einen Dritten, weil kein Gesetz der Eisenbahnverwaltung verbiete, in dieser Richtung Bedingungen der Eisenbahnbenutzung aufzustellen), I 12. Feb. 80, 24. März 84, III 11. Juni 81, 15. März 83, 18. März 89, E. 1 205, 10 216, 4 279, 8 164, 19 161 (btr. Erlaugung eines Schuldscheines über eine höhere Summe, als die Schuld betrug, die durch Drohung bewirkte Erlangung von Geld für Abstandnahme von der Veröffentlichung der gerichtl. Verhandlg. eines Kriminalfalles, bzw. Befreiung von einem rechtskräftig durch richterl. Eid bedingten Anspruch unter Voraussetzung der Wahrheit der eidl. zu erhärtenden Thatsache, Aneignung der Versicherungssumme, auf welche ein Gewerbtreibender seine Arbeiter für außerhalb der gesetzl. Haftpflicht liegende Unfälle versichert hatte [ähnlich I 16. Dez. 86 R. 8 763], bzw. der Schuldsumme, trotz erfolgter Abtretung der Forderung);

II. Berlin 24. Okt., 1. Juni 72, 8. Juli 74, 9. Feb. 77, St. 2 117, 1 361, 4 186, 7 140 (btr. der gegen die mündl. Abrede eines höheren Pachtgeldes durch Täuschung erlangte Festsetzung eines niedrigeren Pachtgeldes im schriftl. Vertrage, bzw. Ansichbehalten von Vermögensobj., deren Ausantwortung der Prozeßgegner zu verlangen befugt war, auf Grund einer Täuschung des Vollstreckungsbeamten, z. B. durch Vorlage eines materiell unrichtigen Postscheines, bzw. Erlangung einer übermäßigen Entschädigung für eine zugefügte Verletzung, 3000 M. statt 450 M., durch die Drohung mit einer an sich gerechtfertigten Anzeige);

III. Dresden 9. Juni 76 St. 7 147 (btr. durch Täuschung des Vormundes erlangte Belohnung für eine unerlaubte Mühewaltung im Interesse eines bevormundeten Verschwenders);

IV. München 17. Juli 75, 23. Juni 77, St. 5 378, 7 333 (btr. durch Täuschung herbeigeführte Erlangung eines Almosens, bzw. durch Täuschung über die Vermögensverhältnisse bewirkte Erwerbung eines Anwesens auf Kredit bei fehlender Solvenz);

V. Wolfenbüttel 9. Sept. 73 St. 3 124, wie das cit. München 17. Juli 75;

B. verneint (vgl. auch N. 45a) und zwar von:

I. **RG.** III 27. Nov. 80 R. **2** 577 (btr. Vorschiebung einer Person als Realgläubigers zur Empfangnahme des dem Realgläubiger zustehenden Antheils bei der Vertheilung einer Subhastationsmasse behufs Benachtheiligung der Gläubiger des Realgläubigers), 9. März 81 E. **3** 429 (btr. Nöthigung eines Bieters bei einem Submissionstermine zur Zahlung einer Geldsumme unter der Drohung, anderenfalls zu unterbieten, bei Voraussetzung des ernstlichen Willens zum Unterbieten), II 10. Nov. 85, 23. Dez. 87, R. **7** 653, **9** 748 (btr. Nöthigung — § 253 — eines Falschspielers zur Zurückhaltung des Gewinnes trotz PrALR. I 11 § 578, weil nicht das Spiel, sondern der Betrug das Fundament des Anspruches bilde, bzw. zur Zurücknahme einer Klage bei rechtlich unbegründetem Klageanspruche);

II. Berlin 24. Okt. 78 O. **19** 482 (btr. Bestimmung des Verkäufers eines dummkollerigen Pferdes zur Erstattung des zu viel gezahlten Minderwerthes durch die falsche Vorspiegelung seitens des Käufers, daß er ein die Dummkollerigkeit bestätigendes Attest in Händen habe).

47) Das „Verschaffen" eines Vermögensvortheils bezeichnet jede Art der günstigeren Gestaltung der Vermögenslage (N. 43_3). Daraus folgt zunächst, daß das Verschaffen eines Vermögensvortheils auch in der Erhaltung eines bereits erlangten aber in seinem Fortbestande gefährdeten Vermögensvortheiles bestehen kann; so: **RG.** IV 3. Juni 90 G. **38** 202 u. btr. § 268: **RG.** I 7. Mai 80 E. **2** 53 (btr. Absicht, sich im Besitz eines bereits erlangten Darlehens zu erhalten), I 3. Juli 82 R. **4** 669, II 5. Feb. 84 E. **10** 76, Berlin 6. Sept. 71 O. **12** 426 (alle btr. Absicht, sich im Besitze der durch Strafthaten erlangten Vortheile zu erhalten bzw. die Erhebung von Ersatzansprüchen zu verhindern); aM. Meves G. 38 204 N. 2.

Es ist deshalb ferner nicht nothwendig, daß die durch Täuschung (bzw. Drohung o. Gewalt) veranlaßte Hdlg. selbst eine unmittelbare vermögensrechtl. Wirkung habe; sie muß nur, im Falle der Vollendung der That, geeignet sein, den angestrebten Vermögensvortheil zu verwirklichen (N. 26_2); **RG.** III 26. Feb. 81 E. **3** 426 (btr. § 253), Oppenh. § 253 N. 3a, Katz GS. **31** 430; aM.: Schütze S. 456, v. Buri GS. **29** Beilageh. S. 66 f.

Endlich ergiebt sich folgeweise, daß die Quelle des angestrebten Vermögensvortheiles nicht nothwendig das Vermögen des Getäuschten (bzw. Vergewaltigten) zu sein braucht; btr. des § 263 s. o. N. 16, 24; btr. des § 253 so: cit. **RG.** 26. Feb. 81, Oppenh. aO., Katz aO. S. 436, 442; aM.: Rüd.-St. § 253 N. 11, v. Buri aO.

48) Die Absicht des Thäters kann dahin gerichtet sein, den Vermögensvortheil „sich oder einem Dritten" zu verschaffen (ebenso im § 253). Es handelt sich hier offenbar um eine bloße Modalität des Thatbestandes, so daß eine alternative Feststellung (§ 47 N. 29) ausreicht; Mannheim 13. Sept. 73 St. **3** 218. Das fragliche Thatbestandsmoment liegt jedenfalls dann vor, wenn bei Mitthätern (§ 47) die Absicht „gegenseitig auf ihren gemeinschaftl. Vortheil" gerichtet ist; München 19. Jan. 74 St. **3** 358.

Der „Dritte" speziell kann auch eine zum Vermögenserwerb befähigte juristische Person sein; **RG.** II 19. März 80 R. **1** 495 (btr. § 253). Da die Erreichung des angestrebten Vortheils zur Vollendung des Betr. nicht gehört (N. 52), ebensowenig wie zu der der Erpressg. (§ 253 N. 9), so kann es aber nicht für erforderlich erachtet werden, daß der Dritte ein Rechtssubj. sei, das die Fähigkeit gerade zur Erwerbung des beabsichtigten Vermögensvortheiles besitze; so jedoch das cit. **RG.** 19. März 80.

Beabsichtigte der Thäter, einem „Dritten" einen Vermögensvortheil zu verschaffen, so bedingt die Vollendung des Betr. sowohl wie der Erpressg., daß der angestrebte Vortheil nicht nur für den Dritten, sondern auch für den Thäter selbst ein rechtswidriger sei, da anderenfalls die Absicht des Thäters dahin gehen würde, sich selbst einen nicht-rechtswidrigen Vermögensvortheil zu verschaffen und diesen auf den Dritten zu übertragen; Katz GS. **31** 444.

49) Für die Bedeutung der vom Gesetze erforderten „Absicht" ist es erheblich, daß dem rechtswidrigen Vermögensvortheil, den der Thäter sucht, nach der o. N. 45₂ gegebenen Definition nothwendig die Vermögensbeschädigung eines Anderen entsprechen muß; es gilt dieses sachlich auch für die Erpressg., wenn es auch im § 253 nicht den klaren Ausdruck wie im § 263 gefunden hat; so: Binding Normen 2 561, Hälschner 2 383, Merkel HH. 3 733, v. Liszt S. 487, Schütze S. 456 N. 24; aM.: Oppenh. § 253 N. 5, v. Schwarze § 253 N. 12. Demnach geht dem Beschädigungsvorsatz nothwendig der Bereicherungsvorsatz parallel (Merkel HH. 3 733 N. 4); s. jedoch N. 50. Es fragt sich aber, ob letzterer die „Absicht, sich o. einem Dritten einen Vermögensvortheil zu verschaffen," erschöpfe; alsdann würde folgeweise auch schon der eventuelle auf Herbeiführung eines rechtswidrigen Vermögensvortheils gerichtete Dolus (N. 42) genügen müssen. Nach dem schwankenden Sprachgebrauche des StGB. würde diese Auffassung an sich nicht ausgeschlossen sein; allein da gerade das Motiv der Bereicherung legislatorisch als wohl verwerthbar erscheint, so wird man der dem Thäter günstigeren Ansicht beitreten und in jenem Erfordernisse das Motiv des Handelns aufgestellt erachten müssen. So v. Liszt S. 486, auch Hälschner 2 271 N. 2, während wenigstens Merkel HH. 3 772 N. 1 u. Oppenh. N. 10 btr. des § 263 sowie Simonson Vortheil S. 43 btr. der §§ 253, 263, 268 das Bewußtsein davon, daß die Täuschung einen rechtswidrigen Vermögensvortheil zur Folge haben könne, nicht für genügend erachten. Gegen die Auffassung der Absicht als Motiv wendet sich Geyer 2 59, es genüge nach allg. Grundsätzen das Bewußtsein, daß der rechtswidrige Vermögensvortheil die Folge der Täuschung sein werde. In der Praxis haben RG. II 1. Juli 84 R. 6 493, IV 28. Sept. 86, I 12. Okt. 91, E. 15 9, 22 170 (letzteres btr. § 253), u. Berlin 15. Juni 76 St. 6 328 gleichfalls nicht schon das bloße Bewußtsein des Thäters, daß er sich einen rechtswidrigen Vermögensvortheil verschaffe, für genügend erklärt, ersteres mit der Ausführung, daß der Begriff der „Absicht", wo solche, wie im § 263, neben dem Vorsatze erfordert werde, mit diesem sich nicht decke, vielmehr „eine auf ein bestimmtes, ins Auge gefaßtes Ziel gerichtete Thätigkeit" erfordere; demgemäß hat das cit. Berlin die erforderliche „Absicht" in einem Falle verneint, wo der Zweck des Handelns darauf gerichtet war, durch Täuschung der Militärbehörde sich eine angenehmere Stellung zu bereiten, während RG. II 19. März 80 R. 1 495 (btr. § 253) es für gleichgültig erklärt, welchen Zweck der Thäter zu effektuiren gedachte, und folgeweise die Strafbarkeit nicht für ausgeschlossen erachtete in einem Falle, wo der Thäter „um einem Frevler eine möglichst schwere Sühne aufzuerlegen" eine Geldleistung an eine Armenkasse erzwungen hatte; vgl. auch das einen ähnlichen Fall btr. cit. I 12. Okt. 91.

Die Absicht eines späteren Ersatzes schließt das Vorliegen einer auf einen rechtswidrigen Vermögensvortheil gerichteten Absicht nicht aus; München 19. Jan. 74 St. 3 358.

50) Nach dem Gesetze ist erforderlich, daß die Bereicherungsabsicht im ursächlichen Zusammenhange mit der Täuschung bzw. mit der Vermögensbeschädgg. stehe, denn der Thäter muß die Täuschung und die dadurch verursachte Vermögensbeschädgg. als die gewinnbringenden Faktoren in Bewegung setzen; die Täuschung eines Anderen muß das Mittel sein, welches, jener Absicht entsprechend, eine andere Person bestimmt, durch ihr Handeln dem Täuschenden oder einem Dritten, in dessen Interesse jene thätig ist, einen rechtswidrigen Vermögensvortheil zuzuwenden; so: RG. III 21. Dez. 81 E. 5 277 (diesen Kausalzusammenhang in einem Falle verneinend, wo Jemand gegen eine Gratifikation sich für einen Anderen unter der falschen Vorspiegelung, selbst der Verurtheilte zu sein, zur Strafverbüßung stellte), IV 3. Juni 90 G. 38 203, (ein unmittelbarer ursächl. Zusammenhang zwischen Bereicherungsabs. u. Vermögensbeschdgg. sei nicht erforderlich). Merkel HH. 3 764, 4 434, Schütze S. 471 N. 7, v. Schwarze N. 2; aM.: Meves N. 13, Oppenh. N. 12. Dagegen ist, wenn dies auch der Normalfall ist (Merkel S. 329), nicht nothwendig, daß der gesuchte Vermögensvortheil auf der einen Seite mit der Vermögensbeschädgg. auf der anderen Seite ganz o. auch nur theilweise sich decke; so, außer Schütze u. v. Schwarze aO., RG. I 7. Apr. 81, II 24. Juni 84, R. 3 202, 6 463, IV 3. Juni 90 (s. o.).

51) Zum Dolus des Betr. gehört endlich, wie zu demjenigen der Erpressg. (§ 253

N. 11), das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit; fehlt dieses, so liegt, ganz abgesehen davon, daß dann auch eine auf einen rechtswidrigen Vermögensvortheil gerichtete Absicht nicht würde angenommen werden können (Berlin 28. Juni 76 O. 17 469), der Betrugsdolus nicht vor; so z. B. wenn das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zu verneinen ist, weil die stattgefundene Vorspiegelung gewisser Thatsachen für erlaubt erachtet wurde (Oldenburg 17. Jan. 72 St. 1 202; vgl. o. N. 38 b).

Da der Begriff des Betr. durch die Zustimmung des am Vermögen Beschädigten in die Beschädgg. aufgehoben wird (N. 27), so muß folgeweise die, wenn auch unrichtige, Annahme einer solchen Zustimmung das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit bzw. den Dolus beseitigen; H. Meyer S. 699.

Vollendung; Versuch; Theilnahme; Einheit u. Mehrheit; Verhältniß zu anderen strafb. Hdlgen; Strafantrag; Straffanktion; Verjährung, Zuständigkeit. N. 52—59.

52) Zur Vollendung des Betr. wird ebensowenig wie zu derjenigen der Erpressg. (§ 253 N. 9) die Erreichung des angestrebten Vermögensvortheils erfordert; RG. I 29. Apr. 86 E. 14 329, Berlin 20. Dez. 73, München 13. März 76, St. 3 350, 5 3. Abweichend von der Erprssg. (§ 253 N. 9 u. o. N. 49) gehört jedoch zur Vollendung des Betr. positivrechtlich der Eintritt der Beschädgg. eines fremden Vermögens; demnach ist für die Frage des vollendeten Betr. entscheidend, ob das Vermögen eines Anderen in dem, dem Thäter zuzurechnenden, ursachlichen Zusammenhange mit der von ihm ausgegangenen Täuschung thatsächlich beschädigt worden ist; RG. III 15. März 83 E. 8 164.

53 a) Zur Abgrenzung des, im Absatz 3, für strafbar erklärten Versuchs (§ 43) von der bloßen Vorbereitungshdlg. ist erforderlich, daß wenigstens eine Täuschungshdlg. in der Bereicherungsabsicht und als Mittel der Beschädgg. fremden Vermögens vorgenommen worden sei, da sonst ein „Anfang der Ausführung" nicht vorliegen würde; Dresden 22. Sept. 72 St. 3 355 (die Abschließung eines Scheinkaufs in der Absicht, die Befriedigung der Gläubiger demnächst zu vereiteln, sei nur strafl. Vorbereitung zum Betr.), Hälschner 2 276, v. Liszt S. 489, Merkel HH. 3 776, Schütze S. 473, Oppenh. N. 77.

b) Keineswegs erfordert der Versuch, daß bereits mit sämmtlichen zur Vollendung nothwendigen Hdlgen ein Anfang gemacht sei; so insbs. das § 43 N. 14, cit. Berlin 12. Okt. 76. Versuch liegt deshalb insbs. vor, wenn lediglich eine Täuschungshdlg. der N. 52 bezeichneten Art vorgenommen wird, jedoch:

α. dieselbe nicht zur Täuschung führt; RG. III 17. März 80 R. 1 479, 15. März 83 E. 8 164, ROHG. 25. Sept. 76 Entsch. 21 120, Berlin OAG. 29. März 73 St. 2 285; so namentl. auch, wenn derjenige, welcher betrogen werden soll, unterrichtet von der betrügerischen Absicht die Ausführungshdlgen duldet, um den Betrüger zu überführen; RG. IV 26. Jan. 86 R. 8 93;

β. zwar die Täuschung eines Anderen vorliegt, jedoch der Kausalzusammenhang zwischen derselben und der Vorspiegelung zc. nicht nachweisbar ist; RG. III 23. Feb. 31 E. 3 392;

γ. zwar die Täuschung eines Anderen gelang, jedoch dadurch eine Vermögensbeschädgg. nicht verursacht wurde, so namentl. deshalb nicht, weil der Getäuschte seinen Irrthum rechtzeitig erkannte; RG. III 2. Juni 80 R. 2 11, Berlin OAG. 11. Okt., Dresden 12. Juni 71, München 12. Feb. 74, St. 1 55, 57, 3 360; oder weil die Person, welche geschädigt werden sollte, noch nicht existirte; das o. N. 24, cit. RG. 9. Juli 88.

c) Wegen des sog. untauglichen Versuchs gelten die allg. Grundsätze (§ 43 N. 19 ff.). Daß ein strafb. Versuch auch beim untauglichen Objekte bzw. beim Mangel eines tauglichen Objektes möglich sei, bejahen der konstanten Rechtsprechung des RG. gemäß: III 20. Dez. 83, 7. Juli 84, E. 10 11, 11 72 (ersteres insbs. selbst für den Fall, daß der Angekl. sich z. Z. seiner Täuschungshdlg. der vorläufigen Nichtexistenz eines Vermögensrechtes, welches hätte beschädigt werden können, auch bewußt war, und zwar deshalb, weil man sich bei der Frage, ob schon eine strafb. Versuchshdlg. vorliege, auf den Standpunkt der vollendeten That zu stellen habe, bei dieser aber die Annahme eines dolus eventualis berechtigt gewesen wäre). Mit Rücksicht auf das Mittel wurde in der Praxis mit Recht

das Vorliegen eines Versuchs verneint, weil eine Täuschung bzw. Vermögensbeschädgg. durch das gebrauchte Mittel für absolut ausgeschlossen erachtet wurde, von: Wolfenbüttel 13. Okt. 71, München 8. Jan. 73, 12. Feb. 74, Berlin 9. Dez. 75, St. 1 189, 2 141, 3 360, 6 3, dagegen bejaht, weil nur Unzulänglichkeit der gebrauchten Mittel i. c. vorlag, von: München 17. Juli 75, Berlin 12. Okt. 76, St. 5 378, 6 329, während das cit. Wolfenbüttel unzutreffend in dem Gebrauche einer gefälschten Quittung gegenüber dem Gläubiger selbst, als angeblichem Aussteller, ein absolut untaugliches Mittel sah.

54) Btr. der Theilnahme gelten die allg. Grundsätze des Th. I Abschn. 3. Speziell ist zu vergleichen wegen

a. Mitthäterschaft (§ 47): Berlin 22. Jan. 74, 12. Okt. 76, St. 3 351, 6 329 (Annahme einer solchen „durch Schweigen zu den falschen Angaben des Wortführers" [o. N. 13 f.], Verneinung einer solchen wegen fehlenden Dolus des äußerlich, aber nur zum Schein, als betheiligt sich Darstellenden);

b. Beihülfe (§ 49): Dresden 20. Sept. 75 St. 6 332 (Annahme einer solchen bei wissentlicher Beschaffung eines Gehülfen); vgl. auch das § 49 N. 14 cit. RG. 9. Apr. 81.

55) Wegen fortgesetzten Betr. vgl. § 73 N. 10 I b, II b γ, sowie das o. N. 15₂ cit. Dresden 9. Juli 75.

Realkonk. (§ 74) wurde zu Unrecht von Berlin 27. Feb. 79 G. 27 203 in einem Falle angenommen, in welchem die Hdlg. lediglich in einer gleichzeitigen an Einen Gläubiger erfolgenden Hingabe mehrerer Wechsel an Zahlungsstatt erfolgte (vgl. § 73 N. 19 II b), während RG. III 3. Dez. 88 R. 10 710 mit Recht die Annahme real konkurrirender Betrugsfälle nach der thatsächl. Feststllg. nicht für motivirt erachtete.

56) Das Verhältniß des Betr. zu anderen strafb. Hdlgen kommt namentl. in Betracht:

a) Zum § 137. Wegen der Möglichkeit einer Idealkonk. vgl. das. N. 9₁.

b) Zum § 138. Ueber die Frage, ob Idealkonk. oder bloße Gesetzeskonk. anzunehmen sei, vgl. RG. I 21. Feb. 89 E. 18 442, das übrigens die Frage unentschieden läßt.

c) Zu den §§ 146 ff. Die Münzverbrechen aus den §§ 146, 147 bilden keineswegs einen spezielleren Thatbestand des Betr. (vgl. § 146 N. 7); deshalb schließen sie auch den Thatbestand des Betr. nicht aus, können vielmehr mit demselben in Idealkonk. (§ 73) treten; so: Hälschner 2 589, H. Meyer S. 955, Thomsen GS. 30 419; aM.: Merkel HH. 3 222 f., Rüd.-St. § 149 N. 6, auch wohl Schütze S. 300. Dagegen kann Realkonk. (§ 74) zwischen den §§ 146 u. 263 nicht stattfinden, da die Verwirklichung der im § 146 erforderten Absicht durch ein Inverkehrbringen des gefälschten Geldes in betrüger. Absicht der Selbständigkeit entbehrt und in den Kreis des Verbr. aus § 146 fällt; so: Merkel aO. N. 15, v. Wächter S. 465; aM.: Hälschner aO., Löwenstein Verbrechenskonk. S. 26 ff. (während beim Zusammentreffen mit § 147 Idealkonk. vorliege). Das Münzvergehen aus § 148 wird regelmäßig mit Betr. in Idealkonk. treten, wobei alsdann die Strafe aus § 263 zu bemessen ist; so: H. Meyer S. 956, Thomsen aO. S. 422, Löwenstein aO; dagegen nimmt die GM. an, daß § 148 die §§ 263 ff. ausschließe; so namentl. auch v. Wächter S. 463, der im Verg. des § 148 einen mit einer gelinden Strafe bedrohten Betrug findet.

d) Zum § 170. Aus diesem §. ist nicht zu entnehmen, daß der Gesetzgeber die Verleitung zur Eheschließung in betrüger. Absicht (vgl. o. N. 26₂, 44 II a) nicht habe strafen wollen; denn es enthält § 170 nur eine besondere Vorschrift für die Verletzung der immateriellen Güter und der Heiligkeit der Ehe, während es für die Verletzung der Vermögensrechte einer besonderen Vorschrift nicht bedurfte; RG. II 21. Mai 86 E. 14 137.

e) Zum § 246. Zwei Fälle sind zu unterscheiden:

α) Hat Jemand eine Sache unterschlagen, so fragt sich, ob er bezüglich derselben (in seinem Gewahrsam verbliebenen) Sache noch eines Betruges sich schuldig machen kann. Insofern die Vermögensbschdgg. lediglich in dem Verluste der Sache gefunden würde, ist die Frage zu verneinen; denn da diese Beschädigung bereits durch die Unterschl. bewirkt wird, so fehlt der erforderliche Kausalzusammenhang (N. 25) zwischen der Beschädgg. u. der Irrthumserregung; RG. II 22. Nov. 81 E. 5 252. Anders wenn nach Lage der Sache eine Vermögensbeschdgg. in der vereitelten Wiedererlangung der Sache, auf welche ein Rechts-

anspruch besteht, gefunden werden kann. Alsdann ergiebt sich die Möglichkeit einer Realkonk. (§ 74), so gut, wie im Verhältnisse der schweren Urkundenfälschg. (§ 268) zur Unterschl. (s. o. N. 47); alle Hdlgen freilich, die seitens des Unterschlagenden mit der unterschl. Sache selbst vorgenommen werden, sind als durch den Thatbestand der Unterschl. konsumirt zu erachten, nicht jedoch diejenigen Hdlgen, die auf Abwehr eines durch Wiederentziehung der Sache entstehenden Vermögensschadens abzielen; so RG. IV 3. Juni 90 G. 38 202 (bedenklich dagegen Meves das. S. 203 N. 2).

β) Fraglich ist ferner, ob umgekehrt Jemand an einer Sache, die er durch Betrug erlangt hat, demnächst noch eine Unterschl. begehen kann. Dies muß ausgeschlossen erscheinen, wenn es bei der die Erlangung der Sache verursachenden Täuschung von vornherein auf die Substanz der Sache abgesehen war; denn alsdann hat der Dolus des Thäters hinsichtlich der Sache sich erschöpft, so daß unmöglich der Wille des Betrügers nochmals auf Zueignung der in seinem Besitze verbliebenen Sache sich richten kann; § 246 N. 9. Anders aber, wenn es dem Täuschenden zunächst nur um die Erlangung des Besitzes der Sache zu thun war, so daß nicht diese ihrer Substanz nach, sondern lediglich ihr Besitz als solcher, d. h. als selbständiger Vermögenswerth, das Objekt des Betr. bildete (N. 29); war nur ein solcher Betr. verübt worden, was thatsächlicher Beurtheilung unterliegt, so kann demnächst der Vorsatz des die Sache besitzenden Betrügers auf die Zueignung derselben ihrer Substanz nach sich richten und bleibt somit unter dieser Voraussetzung die Möglichkeit einer nachfolgenden Unterschl. und zwar in Realkonk. (§ 74) mit dem Betr.; RG. II 26. Apr. 87 E 15 426. Während H. Meyer S. 697 N. 7 u. Kapff Unterschl. S. 73 hier lediglich Betr. annehmen, wird die gewöhnlich so formulirte Frage, ob die Erlangung des Besitzes einer Sache durch Täuschung behufs Aneignung derselben als selbständiges Delikt strafbar sei, von Hälschner 2 269, Merkel HH. 3 697, 764 u. Betrug S. 195 sowie von Gryziecki Betrug S. 113 verneint, weil die Bedeutung der vorbereitenden Hdlg. durch die nachfolgende Unterschl. absorbirt werde; im Ergebnisse ebenso v. Bar GS. 40 492 (weil der Täuschende keine juristische sondern nur eine faktische Verfügung erlangt habe). Einen völlig abweichenden Standpunkt nimmt Binding 1 363 insofern ein, als er den Betr. überhaupt erst da beginnen läßt, wo Diebst. bzw. Unterschl. nicht vorliegen, so daß das durch Täuschung begangene Eigenthumsverbr. kein Betr. sei.

f) Zum § 253. Von der Erpressung unterscheidet der Betr. sich durch das Mittel der Vermögensbeschädgg. sowie durch das Erforderniß des Eintritts derselben zur Vollendung (s. o. N. 26, 52 u. § 253 N. 2, 8—10), während andererseits über die innere Verwandtschaft beider Delikte zu vergleichen sind o. N. 26, 42, 48, 51. Eine Idealkonk. (§ 73) zwischen beiden Delikten ist denkbar, wenn auch diejenigen Täuschungen, die nur den Eindruck der Drohung zu verstärken bestimmt sind, indem sie dieselbe namentl. als eine ernstlich gemeinte o. als eine ausführbare hinstellen sollen, als integrirende Theile der Drohung für den Betrug nicht verwerthbar sind; es können aber neben den durch Drohung hervorgerufenen Vorstellungen geflissentliche Irrthumsirrungen über anderweite Thatsachen mitwirksam werden; RG. III. 27. Feb., 17. März 90, G. 38 54, E. 20 326. Im Falle einer Idealkonk. ist die Strafe wg. der kumulativ zugel. Geldstr. aus § 263 zu bemessen (§ 73 N. 29 I b α 1); cit. RG. 27. Feb. 90.

g) Zum § 265; s. das. N. 6 sowie o. N. 1.

h) Zu den nachfolgenden §§ 266 (das. N. 15b), 267 ff. (vgl. §§ 268 N. 9b, 269 N. 6), 350 (das. N. 6a¹), 352 (das. N. 7), 353 (das. N. 6a), 361⁴ (s. o. N. 30 I c, 38a), 363 (das. N. 1, 6b), 367⁷ (das. N. b a), 369² (das. N. b).

i) Zur GewerbeO. § 148⁸. Vgl.: Dresden 24. Nov. 73 St. 3 357, Berlin 23. Mai 79 O. 20 278, die wissentl. Ueberschreitung einer von der Obrigkeit vorgeschriebenen o. genehmigten Taxe, z. B. einer Arzenei- o. Zinstaxe, erfülle für sich allein den Thatbestand des Betr. nicht.

k) Zum NahrungsmittelG. § 10¹·². Ein Ausschluß der allg. Bestimmungen des Betr. findet keineswegs statt, vielmehr ist Idealkonk. möglich, wobei die Strafe aus § 263 zu bemessen ist (RG. I 26. Jan. 88 R. 10 66), bzw. fortgesetztes Delikt (§ 73 N. 10 I b), nicht

aber mit dem Verg. aus § 10¹ Realkonk. (§ 74), wenn die Fälschung nur erfolgte, um Betr. zu verüben; RG. I 29. Sept. 83 R. 5 555, III 11. Dez. 84 E. 11 355.

l) Im übrigen ist o. Abschn. 22 N. 2 hinsichtlich derj. Fälle zu vergl., wo die Regelung einer Materie bzw. EG. § 2 in Frage kommt (insbs. wegen Defrauden).

57) Der Betr. ist ausweislich des Abs. 4 ein, übrigens durch die StGN. (das. Art. III N. 2) eingeschränktes, relatives Antragsdelikt (§ 61 N. 8), da seine Verfolgung nicht in allen Fällen, sondern nur bei gewissen persönl. Beziehungen des Thäters (vgl. jedoch § 61 N. 8_2) zu demjenigen, gegen welchen der Betr. verübt worden, von einem Strafantrag abhängig ist, nämlich dann, wenn der Betr. „gegen Angehörige (§ 52_2), Vormünder (§ 34 N. 7) oder Erzieher (§ 174 N. 14b, insbs. β) begangen" wurde.

Ein Betr. wird aber „gegen" denjenigen begangen (§ 61 N. 10 ff.), welcher die Vermögensbeschädgg. (o. N. 18 ff., 28—37) erlitten hat, bzw. im Falle des Versuchs bei Vollendung des Betr. erlitten haben würde (§ 61 N. 12b). Demgemäß ist der Betr. ein Antragsdelikt, wenn ein Angehöriger, Vormund oder Erzieher des Betrügers die Vermögensbeschädgg. erlitt, und lediglich der so unmittelbar beschädigte Angehörige 2c. ist der antragsberechtigte Verletzte, nicht etwa auch der mit ihm vielleicht nicht identische Getäuschte (N. 16); so die GM., insbs. ROHG. 7. Feb. 73 Entsch. 9 149.

Die Auffassung, daß auch die Begünstigung eines Betr. bei obwaltenden gleichen persönl. Beziehungen zwischen Begünstiger und Betrogenem ein Antragsdel. sei, ist nach den Ausführungen in N. 49—52 zum § 257 unbegründet; die weit verbreitete gegentheilige Ansicht wird, wie früher auch Merkel HH. 3 778 N. 2 annahm, durch die Fassung des § 263_4 nicht nur nicht unterstützt, sondern widerlegt.

Die Zurücknahme des Antrages, auf welche übrigens § 64 (das. N. 1a) Anwendung findet, ist unbedingt statthaft.

Der im § 247_3 ausgesprochene Grundsatz findet nach der Ausführung das. N. 14_1, soweit er das Antragserforderniß im Auge hat, auch im Falle des § 263 Anwendung; RG. II 28. Mai 90 E. 38 194, Binding 1 222 u. Grundr. S. 76 (dieser „nach Analogie"; vgl. § 2 N. 4_4), Geyer 1 211, 2 60, Merkel HH. 3 778, Schütze S. 474 N. 14, Oppenh. N. 79, v. Schwarze N. 34, Reber Antragsdel. S. 270.

58a) Für die Bestrafung des vollendeten Betr. gilt Folgendes:

Die ordentliche Hauptstr. ist Gefängniß von 1 T.—5 J. (§ 16) u. fakultativ außerdem Geldstr. von 3—3000 M. (§ 27), während als Nebenstr. nach Abs. 1 i. V. mit § 32 VbbER. erkannt werden kann.

Im Falle mild. Umst. (Th. I Abschn. 4 N. 13b ff., insbs. 16, 17) ist die Geldstr. auch als alleinige Hauptstr. zugelassen, jedoch nicht etwa „an erster Stelle" angedroht (§ 28 N. 6b).

b) Der Versuch (N. 53) ist nach den §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen. Auf Geldstr. darf auch im Falle des Ausschlusses mild. Umst. erkannt werden; RG. II 14. Mai 89 E. 19 234.

59) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren. Die Verjährung beginnt mit dem Tage der Vornahme der Täuschungshandlung, ohne Rücksicht auf den Eintritt der Vermögensbeschädgg. (§ 67 N. 9).

Zuständig ist, wenn der Schaden 25 M. nicht übersteigt, SchöffenG., sonst, insbs. in den Fällen, wo der Schaden nicht festgestellt werden kann (namentl. im Falle des Versuchs; § 44 N. 13), Strafk. bzw. SchöffenG.; GVG. §§ 27⁶, 73¹, 75¹⁰.

§. 264.

Wer im Inlande wegen Betruges einmal und wegen darauf begangenen Betruges zum zweiten Male bestraft worden ist, wird wegen abermals begangenen Betruges mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren und zugleich mit Geldstrafe von einhundertfunfzig bis zu sechstausend Mark bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter drei Monaten ein, neben welcher zugleich auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark erkannt werden kann.

Die im §. 245 enthaltenen Vorschriften finden auch hier Anwendung.

PrStGB. (fehlt). Entw. I (fehlt), II § 259.

1) Die Rückfälligkeit beim Betr. tritt wesentlich unter denselben Voraussetzungen ein wie diejenige beim Diebst. auf Grund der §§ 244, 245, deren Noten zu vergleichen sind; es müssen jedoch beide Vorbestrafungen gleichfalls „wegen Betruges" erfolgt sein; eine Vorbestrafung wegen „Versicherungsbetruges" aus § 265 (vgl. das. N. 6_2) genügt nicht. Im übrigen vgl. wegen der mit § 261 korrespondirenden Fassung das. N. 1_2.

2) Der im wiederholten Rückfalle verübte Betr. erfordert zu seiner Verfolgung niemals einen Strafantrag; eine Ausdehnung der im § 263_4 gegebenen Vorschrift auf den § 264 würde der ganzen Redaktionsweise des StGB. widersprechen; vgl. einerseits § 123_2 (das. N. 21), andererseits § 247 (das. N. 1_2), der seiner Stellung nach auch mit auf den Diebst. im wiederholten Rückfalle sich bezieht. So: Rüd.-St. N. 5, Reber Antragsdel. S. 271. AM.: Meves N. 1, Oppenh. § 263 N. 78.

3a) Für die Bestrafung des vollendeten Verbr. gilt Folgendes:

Die ordentliche Hauptstr. ist Zuchthaus von 1—10 J. (§ 14_2) und damit verbunden Geldstr. von 150—6000 M. (§ 27 N. 1_3), die im Abs. 2 für den Fall mild. Umst. (Th. I Abschn. 4 N. 13a ff.) angedrohte Hauptstrafe Gefängniß von 3 Mt.—5 J. (§ 16) u. daneben fakultativ außerdem Geldstr. von 3—3000 M. (§ 27). Als Nebenstr. ist VdbER. nach § 32 sowohl neben Zuchth. wie neben Gef. zulässig.

b) Der Versuch (§ 43_1 u. § 263 N. 53) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen.

4) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in zehn Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. § 73[1].

§. 265.

Wer in betrügerischer Absicht eine gegen Feuersgefahr versicherte Sache in Brand setzt, oder ein Schiff, welches als solches oder in seiner Ladung oder in seinem Frachtlohn versichert ist, sinken oder stranden macht, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren und zugleich mit Geldstrafe von einhundertfunfzig bis zu sechstausend Mark bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter sechs Monaten ein, neben welcher auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark erkannt werden kann.

PrStGB. §§ 244, 245. Entw. I §§ 288, 307, II § 260.

1) Der sog. Versicherungsbetrug umfaßt zwei Mischthatbestände, deren ersterer (der sog. Brandversicherungsbetr.) erfordert:

a) Als Objekt eine „gegen Feuersgefahr versicherte Sache", gleichgültig ob eine bewegliche o. unbewegliche, so daß unter jener — bei einer Versicherung gegen Seegefahr nach HGB. Art. 824 von selbst sich erfüllenden — Voraussetzung auch ein „Schiff" bzw. eine „Schiffsladung" (N. 2) ein geeignetes Objekt sein kann; Meves StRZ. 13 406, v. Speßhardt Versicherungsbetr. S. 62. Als „versichert" ist eine Sache anzusehen, sobald ein formell gültiger Versicherungsvertrag über dieselbe abgeschlossen ist; auf die materielle Gültigkeit des Vertrages, über die oft die schwierigsten civilprozessual. Verhandlungen gepflogen werden, kann es unmöglich ankommen; aM. v. Speßhardt aO. S. 39, der Vertrag müsse derartig gültig sein, daß daraus im Falle kasuellen Brandschadens ein Rechtsanspruch des Versicherten gegen den Versicherer ev. wirklich erwachse.

b) Als Handlung ein „Inbrandsetzen"; vgl. §§ 306, 311. Ob der durch die Inbrandsetzung nothwendig verursachte Schaden so bedeutend ist, daß er nach dem maßgebenden Versicherungsvertrage an sich als ein Feuerschaden zu ersetzen wäre, erscheint gleichgültig; ist solches nicht der Fall, so erreicht der Thäter zwar seinen mit der Hdlg. verfolgten Zweck nicht, allein trotzdem ist die That mit der Inbrandsetzung vollendet (N. 5); so v. Speßhardt aO. S. 44; aM. btr. PrStGB. § 244 Goltd. Mat. 2 558. Trotzdem die Hdlg. in einer

„Inbrandsetzung" besteht, ist doch nicht anzunehmen, daß § 254 (das. N. 2b) mit „Brandstiftung" auch den Brandversicherungsbetr. im Auge habe, da die Brandstiftg. augenscheinlich nur als gemeingefährl. Verbr. gedacht und deshalb zusammen mit der „Verursachung einer Ueberschwemmung" erwähnt ist; v. Speßhardt aO. S. 38 N. 59.

2) Der zweite der Mischthatbestände (der sog. Seeversicherungsbetr.) erfordert:

a) Als Objekt ein „Schiff", welches „als solches" oder „in seiner Ladung oder in seinem Frachtlohn" versichert (N. 1a) ist, d. h. nach der Ausdrucksweise des HGB. Art. 783, wenn die „Fracht" oder die „Güter" des Schiffes versichert sind (Meves StRZ. 13 406), während andere Gegenstände der Seeversicherung unberücksichtigt bleiben. Sowohl wegen der für diesen Mischthatbestand in Betracht kommenden Hdlg. (s. u. b.) als auch mit Rücksicht auf den ersteren Mischthatbestand (N. 1) ist anzunehmen, daß das Gesetz hier nur eine Versicherung gegen die Gefahren der Seeschifffahrt in Gemäßheit des HGB. Artt. 782 f., 824 oder gegen diejenigen der Flußschifffahrt in Gemäßheit der Landesgesetzgebungen im Auge habe, nicht jedoch eine spezielle Versicherung nur gegen Feuersgefahr. Wenn aber „ein Schiff", sei es als solches oder in seiner Ladung oder in seinem Frachtlohn, gegen die Gefahren der Schifffahrt versichert ist, so wird man es ohne Rücksicht auf seine Größe, namentl. auch dann, wenn es im gewöhnlichen Leben nur als „Kahn, Gondel ꝛc." bezeichnet werden sollte, für ein geeignetes Objekt des Verbr. aus § 265 ansehen müssen, da der letztere auf dem Gedanken des Schutzes der Rechte des Versicherers beruht; „Schiff" ist daher im weitesten S. als ein auf dem Wasser zu benutzendes Fahrzeug zu verstehen (vgl. übrigens §§ 305, 306, 322, 323); Meves aO. S. 401, v. Speßhardt Versicherungsbetr. S. 53 N. 85.

b) Als Handlung ein „sinken oder stranden machen"; vgl. § 323, woselbst von „Bewirkung des Sinkens o. Strandens" in gleichem S. gesprochen wird; so v. Speßhardt aO. S. 55 f., der mit Recht auch eine alternative Feststellung für zulässig erachtet, da es um bloße Modalitäten des Thatbestandes sich handelt (§ 47 N. 29).

3) Die an erster Stelle hervorgehobene, beiden Mischthatbeständen gemeinsame, „betrügerische Absicht" macht sofort den Zusammenhang des Verbr. aus § 265 mit dem Betr. ersichtlich. Denn durch jenen zweifellos auf § 263 sich zurückbeziehenden Ausdruck kann im allg. nur „die Absicht, sich oder einen Dritten durch das Mittel der Täuschung rechtswidrig zu bereichern," bezeichnet werden, so daß hiernach der gleiche Dolus wie beim Betr. (§ 263 N. 42) erfordert zu werden scheint. Berücksichtigt man jedoch, daß das Angriffsobjekt im Falle des § 265 stets eine „versicherte" Sache ist, daß ferner die Motive zum Entw. II § 260 dahin sich auslassen: „Unter der betrügerischen Absicht ist die Absicht zu verstehen, die Versicherungssumme für sich oder einen Anderen rechtswidrig zu gewinnen. War die Absicht nicht darauf gerichtet, so findet der § 260 keine Anwendung.", daß ferner die hervorgehobenen Worte bei der Redaktion des entsprechenden § 244 des PrStGB. in gleicher Weise verstanden (Goltd. Mat. 2 556) und demnächst auch ausgelegt wurden (Oppenh. PrStGB. § 244 N. 3), so erscheint die GM. begründet, daß die „betrügerische Absicht" im Falle des § 265 derartig spezialisirt sein müsse, wie die Motive angeben, d. h. daß die Absicht dahin gehen müsse, die Versicherungssumme durch Betr. zu gewinnen; unnöthig wendet sich deshalb, da der Nachdruck hierauf und nicht auf „rechtswidrig" ruht, v. Speßhardt Versicherungsbetr. S. 32 gegen diese Auffassung mit der Bemerkung, daß die Versicherungssumme „rechtswidrig" auch auf viele andere Arten als durch Betr. erlangt werden könne. Es sind sonach diejenigen Fälle, in denen die „betrügerische Absicht" nicht auf die Versicherungssumme, sondern z. B. auf die Erlangung der Prämie „für die erste geleistete Hülfe" gerichtet war, dem § 265 nicht zu unterstellen; Hälschner 2 278 N. 2, v. Speßhardt aO. S. 33.

Hiernach kommt speziell auch dem Worte „Absicht" dieselbe Bedeutung zu, nämlich als Motiv, wie im § 263 (das. N. 49); so v. Liszt S. 490; aM. v. Speßhardt aO. S. 30 f., die Absicht sei nicht blos Motiv, sondern verbrech. Wille, gerichtet auf ein durch die vorsätzl. Hdlg. zu erreichendes Ziel, unter Vorstellung der Kausalität dieser Hdlg.

4) Thäter braucht, wie die GM. mit Recht annimmt, nicht nothwendig der Eigenthümer der versicherten Sache zu sein. Dagegen kann „in betrügerischer Absicht" nach Maß-

gabe der speziellen in N. 3 erläuterten Bedeutung dieses Erfordernisses nur der Versicherte selbst handeln, so daß nur dieser Subjekt des Verbr. sein kann, wenn auch nicht unbedingt ausgeschlossen ist, daß er die Versicherungssumme „einem Anderen" zuzuwenden beabsichtigte; so v. Speßhardt Versicherungsbetr. S. 34, vielleicht auch Geyer 2 60 u. Hälschner 2 278; aM.: H. Meyer S. 714 (anders S. 297 N. 8), Kohler Studien 1 130.

5) Ein Versuch des Versicherungsbetr. ist nicht deshalb undenkbar, weil letzterer im wesentlichen eine Vorbereitungshdlg. zum Betr. ist (N. 6 u. § 43 N. 28); so: Geyer 2 60, v. Liszt S. 490, Merkel HRl. „Betrug" u. HH. 3 781, v. Speßhardt Versicherungsbetr. S. 50. So liegt ein Versuch z. B. dann vor, wenn nicht die versicherte Sache selbst, sondern nur andere Gegenstände, welche jene erst entzünden sollten, in Brand gesetzt wurden. Unrichtiger Weise scheint jedoch Meves, StRZ. 13 407, nur Versuch anzunehmen, „wenn die Hdlg. ihren Zweck, die Erlangung der Versicherungssumme, nicht erreicht"; denn dieser Umstand gehört keineswegs zum Thatbestande des Verbr. und tritt Vollendung ein auch ohne Erreichung des Zwecks, ja selbst ohne daß der Thäter die Forderung der Versicherungssumme unternimmt; Hälschner 2 278.

6) Was das Verhältniß des Verbr. aus § 265 zum Betruge anbetrifft, so sah zwar das PrStGB. § 245 den sog. Versicherungsbetr. als einen Fall des wirklichen Betr. an; allein diese Auffassung, welche bezüglich des RStGB. auch Meves StRZ. 13 407 vertritt, erscheint nicht begründet; mit Recht sieht die GM. in dem Verbr. aus § 265 ein eigenthümliches Delikt, das als Vorbereitungshdlg. zum Betr. sich charakterisirt; denn von anderen mehr oder minder zweifelhaften Punkten abgesehen, liegt in der vom § 265 geforderten Hdlg. (N. 1 b, 2 b) keineswegs schon eine Täuschungshdlg. (§ 263 N. 52); es enthält z. B. die in der Absicht, die Versicherungssumme zu erlangen, unternommene Inbrandsetzung eines versicherten Hauses an sich weder die Unterdrückung noch die Entstellung einer wahren Thatsache; vielmehr bildet die Inbrandsetzung nur die Vorbereitung dazu, um mit Rücksicht auf dieselbe demnächst durch Unterdrückung einer wahren Thatsache die Täuschung eines Dritten zu verursachen; keineswegs besteht also das Wesen des Verbr. aus § 265 darin, daß — abgesehen von der Spezialisirung der betrüger. Absicht (N. 3) — schon ein Versuch des Betr. als vollendetes Verbr. behandelt wird.

Man darf deshalb weder aus der Stellung des § 265 im Abschn. 22, noch daraus, daß das Verbr. aus § 265 zusammen mit dem eigentlichen Betr. dem Verg. der Untreue gegenübergestellt ist (vgl. § 263 N. 1), noch endlich aus der nichttechnischen und, nach Obigem, nicht gerechtfertigten Bezeichnung des Verbr. als „Versicherungsbetrug" unrichtige Konsequenzen ziehen; so ist ders. namentl. weder jemals auf Antrag verfolgbar (Reber Antragsdel. S. 271, Merkel HRl. „Betrug", Oppenh. § 263 N. 78, v. Speßhardt Versicherungsbetr. S. 26), noch geeignet, den Rückfall aus § 264 zu begründen (Oppenh. N. 1, v. Speßhardt aO.).

Kommt hiernach dem Versicherungsbetr. die Bedeutung eines eigenthümlichen Deliktes zu, so kann dasselbe sowohl mit einer vorhergehenden, landesgesetzlich strafb., nicht-betrügerischen Ueberversicherung als auch mit einem nachfolgenden Betruge bzw. Betrugsversuche (durch Aufstellung einer zu hohen Entschädigungssumme; s. o. Abschn. 22 N. 2 c) in Realkonk. (§ 74) treten; so: RG. II 21. Jan. 88 E. 17 62, IV 11. Juli 90 G. 38 345 (dem zustimmend Meves das. S. 346 N. 1), H. Meyer S. 715, Oppenh. N. 7, Rüd.-St. N. 4, v. Speßhardt aO. S. 70; aM. einerseits: Geyer 2 61, Hälschner 2 279 u. Merkel HH. 3 781, nach welchem jene Hdlgen in dem Verbr. aus § 265 aufgehen, andererseits v. Schwarze N. 5, der „ein fortgesetztes Verbr. oder selbst nur die fortschreitende Ausführung einer und derselben verbrech. Unternehmung" annimmt.

Im übrigen sind zu vergleichen wegen des Verhältnisses des Versicherungsbetr. zu den gemeingefährlichen Verbr. der Brandstiftung: §§ 306, 307, 308, 323.

7 a) Für die Bestrafung des vollendeten Verbr. gilt Folgendes:

Die ordentliche Hauptstr. ist Zuchthaus von 1—10 J. (§ 14₁) und damit verbunden Geldstr. von 150—6000 M., die im Abs. 2 für den Fall mild. Umst. (Th. I Abschn. 4 N. 13 a ff.) angedrohte Hauptstr. Gefängniß von 6 Mt.—5 J. (§ 16) u. fakultativ außerdem Geldstr. von 3—3000 M. (§ 27). Als Nebenstr. ist VdbER. nach § 32 sowohl neben Zuchth. wie neben Gef. zulässig.

b) Der Versuch (N. 5) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen.

Wegen der Frage, ob Strafaufhebung eintreten könne, vgl. § 310.

8) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67, in fünf Jahren. Die Verjährung beginnt mit dem Tage der Vornahme der Hdlg., nicht erst mit dem Eintritt des Erfolges, insbs. dem Sinken rc. des Schiffes (§ 67 N. 9).

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73², 136¹.

§. 266.

Wegen Untreue werden mit Gefängniß, neben welchem auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann, bestraft:

1) Vormünder, Kuratoren, Güterpfleger, Sequester, Massenverwalter, Vollstrecker letztwilliger Verfügungen und Verwalter von Stiftungen, wenn sie absichtlich zum Nachtheile der ihrer Aufsicht anvertrauten Personen oder Sachen handeln;
2) Bevollmächtigte, welche über Forderungen oder andere Vermögensstücke des Auftraggebers absichtlich zum Nachtheile desselben verfügen;
3) Feldmesser, Versteigerer, Mäkler, Güterbestätiger, Schaffner, Wäger, Messer, Bracker, Schauer, Stauer und andere zur Betreibung ihres Gewerbes von der Obrigkeit verpflichtete Personen, wenn sie bei den ihnen übertragenen Geschäften absichtlich diejenigen benachtheiligen, deren Geschäfte sie besorgen.

Wird die Untreue begangen, um sich oder einem Anderen einen Vermögensvortheil zu verschaffen, so kann neben der Gefängnißstrafe auf Geldstrafe bis zu breitausend Mark erkannt werden.

PrStGB. § 246. Entw. I § 240, II § 261.

G. btr. die Krankenversicherung d. Arbeiter v. 15. Juni 1883 § 42; G. btr. die Abänderung des G. über d. eingeschriebenen Hülfskassen v. 1. Juni 1884 Art. 17 § 34; UnfallversicherungsG. v. 6. Juli 1884 § 26₂.

Zu § 266 Absatz 1 N. 1—13. — Objektiver Thatbestand im allg. N. 1, 2.

1) Im § 266 wird „unter dem Gesichtspunkt der Verletzung von Treu und Glauben" (Motive) das mit dem Betr. in näherer Verwandschaft nicht stehende Verg. der „Untreue" behandelt, dem für die Verhältnisse des Privatrechts eine ähnliche Bedeutung zukommt wie dem § 92³ für diejenigen des öffentlichen Rechts; RG. III 28. Jan. 80 E. 1 172.

2a) Den Nr. 1—3 ist gemeinsam, daß Jemand, der kraft privat- oder öffentlichrechtl. Verpflichtung für fremde Vermögensinteressen zu sorgen hat, „absichtlich zum Nachtheile" derselben handelt (so wörtlich in Nr. 1, 2, dem Sinne nach in Nr. 3). Wenn auch „Nachtheil", wie sein Gegensatz „Vortheil" (§ 263 N. 43), an sich eine weitere Bedeutung hat, so ist doch hier unter „Nachtheil" lediglich ein Vermögensnachtheil zu verstehen, gerade wie mit den „Vortheilen des V. o. V." im § 257 (das. N. 30) nur Vermögensvortheile bezeichnet werden. Ein Zweifel ist in dieser Beziehung überhaupt nur insoweit begründet, als nach Nr. 1 ein Handeln „absichtlich zum Nachtheil der zur Aufsicht anvertrauten Personen" in Frage kommt; allein, daß Hdlgen dieser Art, wie z. B. die absichtliche Unterbringung eines Mündels in eine schlechte Familie, um selbiges moralisch zu ruiniren, nicht unter die Nr. 1 fällt, ergiebt sich daraus, daß ein solches Delikt wegen seines innerlich ganz verschiedenen Charakters unmöglich mit den übrigen Fällen der Untreue mitten unter den Vermögensdelikten hätte abgehandelt werden können. So die GM., insbs. RG. III 21/28. Apr. 87 E. 16 77, II 17. Jan. 88 R. 10 37. AM.: H. Meyer S. 724 f. (btr. Nr. 1, 3), Rubo N. 4 (btr. Nr. 1—3).

b) Zur Vollendung des Thatbestandes der Untr. gehört die wirkliche Herbeiführung eines „Nachtheils"; ohne Eintritt eines solchen würde sonach höchstens ein — strafloser (§ 43₂)

— Versuch vorliegen; **RG.** III 21/28. Apr. 87 (s. o.), IV 10. Juli 88 G. **36** 400, Hälschner **2** 394. Aus dem zu a) Bemerkten ergiebt sich auch nothwendig, daß der herbeigeführte Nachtheil ein „Vermögensnachtheil“ sein muß, was bezüglich der Nr. 3 überdies durch die Fassung des mit „wenn“ beginnenden Zwischensatzes völlig klar gestellt wird; so: citt. **RG.** 21/28. Apr. 87, 10. Juli 88, Geyer **2** 62, Oppenh. N. 2, Rubo N. 3, v. Schwarze N. 2, 7; aM. H. Meyer S. 725, wenn er auch in N. 25 bemerkt, daß vorzugsweise an einen Vermögensnachtheil gedacht sei.

c) Die Herbeiführung eines Vermögensnachtheiles ist gleichbedeutend mit „Vermögensbeschädigung“ i. S. des § 263 (so auch **RG.** III 20. Sept. 86 E. **14** 401), weshalb der Vermögensnachtheil, wie beim Betruge, auch in einer Gefährdung gefunden werden kann, freilich nur dann, wenn dieselbe bereits eine nachtheilige Veränderung des gegenwärtigen Vermögenszustandes enthält (vgl. § 263 N. 18_3, 20); citt. **RG.** 21/28. Apr. 87, 10. Juli 88. Zwischen einem damnum emergens u. einem lucrum cessans wird hier sowenig wie im § 263 (das. N. 19) unterschieden; cit. **RG.** 10. Juli 88. Auch braucht der Vermögensnachtheil, den eine nachträgliche Ausgleichung nicht ungeschehen machen kann, kein dauernder zu sein (§ 263 N. 23); **RG.** 10. Juli 88 (s. o.), I 26. Jan. 80, 21. März 89, R. **1** 273, E. **19** 80. Im übrigen sind wegen des entsprechenden Begriffes der Vermögensbeschädigung beim Betruge zu vergl. die N. 18 ff. zum § 263 und insbs. die N. 23, 30 IIa, 36 Ic wegen Entscheidungen, die den § 266 betreffen.

d) Darüber, in welcher Weise der Vermögensnachtheil herbeigeführt sein müsse, sagt das Gesetz nichts; es genügt daher an sich jede durch welcherlei Weise immer veranlaßte ungünstigere Gestaltung der Vermögenslage (wegen der Nr. 2 vgl. u. N. 9); deshalb namentl. auch eine durch eine pflichtwidrige Unterlassung (Th. 1 Abschn. 3 N. 3) herbeigeführte; cit. **RG.** 16. Juli 88 (btr. Unterlssg. der rechtzeitigen verzinslichen Anlegung von Mündelgeldern durch den Vormund) sowie III 23. Nov. 85 R. **7** 692, welches jedoch mit Recht ausführt, daß lediglich die Vornahme der schädigenden Hdlg. unter Strafe gestellt sei, nicht aber die Schaffung und Aufrechterhaltung des schädigenden Zustandes, so daß, da das Delikt mit der Vornahme der schädigenden Hdlg. sich erschöpfe, dasselbe durch Unterlassung der Beseitigung des als Folge der Hdlg. eingetretenen schädigenden Zustandes nicht perpetuirt werden könne, ein für die Frage der Verjährung (§ 67 N. 14a) wichtiger Umstand.

Zu Absatz 1 Nr. 1. N. 3, 4.

3) Subjekt des Verg. ist im Falle der Nr. 1 eine Person, deren „Aufsicht Personen oder Sachen anvertraut“ sind. Die „Aufsicht“ ist nicht lediglich eine amtliche, wie die „Obhut“ im § 174[2] (das. N. 16b), sondern sie kann auch privatrechtl. Natur sein, was Dresden 23. Juni 75 St. **6** 6 jedoch nur btr. der Testamentsvollstrecker zugiebt.

Die Aufsicht über „Personen“ muß, nach dem N. 2 Bemerkten, jedenfalls derartig sein, daß sie die Möglichkeit zur Beschädigung des Beaufsichtigten am Vermögen gewährt. Die Aufsicht über „Sachen“ ist nicht blos von einer solchen über körperliche Gegenstände, sondern von einer solchen über Vermögensgegenstände jeglicher Art (vgl. § 137 N. 1) zu verstehen. Im übrigen aber bildet es weder nach dem Wortlaute noch nach der Tendenz des Gesetzes ein Thatbestandsmerkmal, daß eine eigentliche Vermögensverwaltung zu den Obliegenheiten des Thäters gehöre; **RG.** FS. 28. Aug. 84 E. **11** 244.

Wegen „Anvertrauen“ vgl. § 174 N. 16b, wo von einem solchen in Bezug auf Personen, sowie § 246 N. 23, wo von einem solchen hinsichtlich Sachen die Rede ist.

4) Was die einzeln aufgeführten Personenkategorieen betrifft, so stehen dieselben einander völlig gleich, derartig daß es unerheblich ist, wenn der Thäter alternativ der einen oder der anderen Kategorie zugerechnet wird (§ 47 N. 29); **RG.** FS. 28. Aug. 84 E. **11** 244, welches bejaht, daß zu einer der in Nr. 1 aufgeführten Personenklassen jedenfalls auch ein in Gemäßh. des BadLR. S. 1056 gerichtl. bestellter Aftererbpfleger gehöre, der kraft öffentl.-rechtl. Verpflichtung für fremde Vermögensinteressen zu sorgen habe. Im Einzelnen ist hervorzuheben:

a) Wegen „Vormünder“ und „Kuratoren“ ist § 34 N. 7 zu vergleichen; abweichend vom § 174[1] (das. N. 12) sind hier, wo es um eine Vermögensbeschädgg. sich handelt, unte-

der allgemeinen Bezeichnung „Vormünder" auch die Gegenvormünder der PrVormundschaftsO. mit zu begreifen, da diese bei der ihnen gesetzlich übertragenen kontrolirenden Thätigkeit faktisch in der Lage sind, eine Untr. zu begehen, abgesehen davon, daß ein Mißbrauch der amtlichen Stellung zur Verübung der Untr. auch in anderer Weise, z. B. durch ein, außerhalb der gesetzlichen Befugnisse liegendes, Anvertrauen der Vermögensverwaltung seitens des selbst verhinderten Vormundes, denkbar ist; **RG.** II 15. Okt. 80 E. **2** 345, Oppenh. N. 6a. Uebrigens bedingt der Wortlaut des Gesetzes nicht nothwendig die Auffassung, daß dasselbe nur denjenigen Vormund im Auge habe, der es zur Zeit der That noch sei; das Wort „Vormund" ist vielmehr nur in Bezug auf das durch die Bestellung als Vormund begründete Rechtsverhältniß gebraucht, nicht in Bezug auf die Fortdauer desselben; die Konsequenz der entgegenstehenden Ansicht würde namentl. für den Fall der Entlassung eines Vormundes bedenklich sein (vgl. auch PrVormundschaftsO. § 67, wonach Pflicht und Verantwortlichkeit des Vormundes als solchen, trotz Fortfalles der Vertretungsbefugniß, über die Beendigung des Amtes hinaus fortdauern); so **RG.** II. 17. März 88 E. **17** 241, welches ausdrücklich bemerkt, daß das die entgegengesetzte Ansicht vertretende II 10. Dez. 80 R. **2** 622 nicht aufrecht zu erhalten sei. Andererseits kann der Vormund, auch falls er es zur Zeit der Vornahme der Hdlg. noch ist, nur dann aus Nr. 1 bestraft werden, wenn die schädigende Hdlg. o. Unterlassg. ihren Rechtsgrund in der vormundschaftl. Stellung hat; so kommt Nr. 1 z. B. nicht zur Anwendung, wenn es um die Unterlassung der Ersatzleistung unterschlagener Mündelgelder sich handelt, weil hier die Unterlssg. ihren Rechtsgrund in einer vom Vormund begangenen strafb. Hdlg. hatte; **RG.** III 23. Nov. 85 R. **7** 692. Deshalb ist auch Nr. 1 nicht verletzt, wenn die Vermögensbeschädgg. in einer Angelegenheit stattgefunden hat, für welche dem Bevormundeten wegen kollidirenden Interesses des Vormundes ein Pfleger bestellt ist, wo der schädigende Vormund sonach nicht als solcher, sondern in anderer Eigenschaft, z. B. als Schuldner des Mündels, handelt; **RG.** III 28. Jan. 86 E. **13** 333. Aber selbst bei kollidirenden Interessen ist der Vormund seiner Verpflichtungen gegen den Mündel vor Bestellung eines Pflegers (Nebenvormundes) nicht ohne weiteres enthoben; **RG.** I 21. März 89 E. **19** 80 (btr. BayerLR.).

Mit Recht ist in der Praxis hinsichtlich des französischen Civilrechts

α. angenommen, daß der Vater nach Auflösung der Ehe durch den Tod seiner Ehefrau gesetzlicher Vormund seiner minderjährigen (nicht aus der Gewalt entlassenen) Kinder sei und daher dem § 266¹ unterstehe; so **RG.** I 17. Jan. 87 E. **15** 211 btr. des BadLR. S. 390, ferner I 10., 24. Nov. 87, E. **16** 307, 343 btr. des Art. 390 des Code civil i. V. mit § 95_2 der PrVormundschaftsO.;

β. verneint, daß der Vater die ihm nach Code civil Art. 389 während der Ehe zustehende Nießbrauchsberechtigung und Verwaltung als Vormund ausübe, weshalb § 266¹ weder gegen ihn, noch gegen den (rechtsirrthümlich) bestellten Gegenvormund Anwendung finde; **RG.** I 30. Okt. 84 E. **11** 196.

b) Als „Massenverwalter" ist erachtet der gemäß §§ 61, 58 des (alten) GenossenschaftsG. v. 5. Juli 1868 (vgl. §§ 81 ff., 102 ff. des neuen GenossenschaftsG. v. 1. Mai 1889) zum Leiter des Umlageverfahrens bestellte Liquidator einer eingetragenen Genossenschaft; **RG.** IV 30. Apr. 89 E. **19** 184.

Zu Absatz 1 Nr. 2. N. 5—9.

5) Die Aufnahme der, im PrStGB. fehlenden und dem Art. 287_2 des KglSächs. revidStGB. v. 1. Okt. 1868 nachgebildeten, Nr. 2 beruht, nach den Motiven, auf einem in der Rechtsprechung hervorgetretenen Bedürfniß, indem die PrPraxis die Unterschl. an einem bloßen Forderungsrechte annehmen zu müssen glaubte, um die widerrechtliche Verfügung über fremde Vermögensrechte zum Nachtheil des Berechtigten nicht straflos zu lassen. Nachdem jetzt dem Thatbestande der qualifizirten Unterschl., der sog. Veruntreuung, derjenige der Untr. aus § 266² zur Seite gestellt ist, erscheint jene Auslegung nunmehr unbedingt ausgeschlossen.

6) Für die Frage, wer als „Bevollmächtigter" (wg. eines „Minderjährigen" vgl. N. 9d) anzusehen sei, unterscheidet die GM., insbs.: **RG.** III 15. Dez. 80 E. **3** 283, Mann-

heim 30. Jan. 75 St. 5 120 (dieses btr. den Fall der Ueberbringung einer Geldsumme durch Boten), wesentlich mit Rücksicht auf den gleichfalls gebrauchten Ausdruck „Auftraggeber", nicht zwischen Vollmachts- und anderen Aufträgen. Allein die hervorragende Stelle, welche dem Worte „Bevollmächtigte" angewiesen ist, der gegenüber die Worte „des Auftragsgebers" vollständig zurücktreten, läßt doch die auch schon aus dem cit. RG. hervorleuchtende Auffassung gerechtfertigt erscheinen, daß das Gesetz die Uebertragung und Uebernahme von Rechtsgeschäften voraussetze, um so mehr, als sich hiermit der weitere Ausdruck „Auftraggeber" verträgt, während nach der z. B. von dem cit. Mannheim vertretenen Ansicht der engere Ausdruck „Bevollmächtigter" seiner eigenthümlichen Bedeutung beraubt sein würde. Freilich ist der Begriff der „Vollmacht" i. S. der Nr. 2 nicht zu beschränken auf den Fall der direkten Stellvertretung (Abschluß seitens des Bevollmächtigten mit der Erklärung, daß er im Namen seines Machtgebers an dessen Stelle kontrahire), sondern mit Rücksicht auf die allgemeine Wortbedeutung auch von der indirekten Stellvertretung (Abschluß seitens des Bevollmächtigten zwar für den Machtgeber, aber im eigenen Namen) zu verstehen; RG. II 9. Jan. 83 E. 7 377. Hiernach setzt der Begriff des „Bevollmächtigten" i. S. der Nr. 2 voraus, verlangt aber auch andererseits nicht mehr, als das Bestehen der rechtlich begründeten Befugniß zur Vertretung fremden Vermögens in Rechtsangelegenheiten (übrigens ohne Rücksicht auf rechtsverbindliche Verantwortlichkeit gegenüber dem Auftraggeber; N. 9d); nicht erforderlich ist, daß die Vertretungsbefugniß auf einem unmittelbaren Vollmachtsauftrage beruhe (vgl. über solche Fälle: RG. I 27. Apr. 82, 24. Sept. 83, R. 4 393, 5 542, II 9. Mai 84 E. 10 385, Berlin 13. Juni 73, Dresden 12. Juli 75, St. 3 22, 6 7), sondern es genügt, wenn die vermögensrechtl. Vertretungsbefugniß nur die mittelbare, aus dem Gesetze fließende Folge eines anderen, weitergehende Rechte und Pflichten begründenden Vertragsverhältnisses ist. So RG. I 14. Juli 84, IV 9. Nov. 86, III 3. Juni 89, E. 11 241, 15 41, 19 271. Aus diesem letzteren Gesichtspunkte wurde in der Praxis namentl. als Bevollmächtigter angesehen:

a. ein (nicht im allg. von der Vertretung gemäß Artt. 86[4], 115 HGB. ausgeschlossener) Theilhaber einer offenen Handelsgesellschaft; cit. RG. 3. Juni 89, Dresden 27. März 76 St. 7 166;

b. ein Vorstands- o. Aufsichtsrathsmitglied einer Aktiengesellschaft o. einer EG.; RG. II 21. Nov. 82 E. 7 279, I 8. Jan. 83 R. 5 15, Dresden 23. Juni 75, 25. März 78, Berlin 30. Nov. 75, 8. März, 27. Nov. 78, St. 6 6, 8 233, 6 8, O. 19 130, 547;

c. der Kassirer einer EG.; RG. I 2. Juni 87 R. 9 356;

d. die Vorstandsmitglieder einer (mit Korporationsrechten bestehenden) Innung (nämlich der jurist. Person, nicht etwa der Innungsgenossen), bzw. einer eingeschr. Hülfskasse, bzw. eines freien Personenvereins (nach HamburgerR.); RG. II 1. Okt. 86 R. 8 575, bzw. III 20. Sept. 86 E. 14 401 (btr. G. v. 1. Juni 1884 § 34), bzw. III 25. Apr. 92 E. 23 97;

e. die Liquidatoren einer aufgelösten Handelsgesellschaft bzw. einer in Konkurs gerathenen Genossenschaft; RG. I 1. März 88 R. 10 201, bzw. IV 30. Apr. 89 E. 19 184;

f. vgl. ferner RG. I 10. Juli 82 R. 4 683 (btr. einen Kgl. Eisenbahn-Güterexpedienten), IV 9. Nov. 86 E. 15 41 (btr. einen Pr. Bürgermeister, insbs. einen kommissarischen).

Wegen praktischer Fälle, in denen das Vorliegen eines Vollmachtsverhältnisses verneint wurde, vgl. RG. II 9. Jan. 83 (s. o.; btr. Waldwärter), I 15. Nov., III 15. Dez. 80, 10. Dez. 85, E. 3 35, 283, 13 195 (letztes btr. herrschaftl. Fischereiaufauffseher).

Entsprechend der oben in N. 4a betreffs der Nr. 1 vertretenen Ansicht ist übrigens von RG. II 4. Juni 86 E. 14 184 angenommen, daß auch eine vom Bevollmächtigten unter Mißbrauch der widerrufenen Vollmacht vorgenommene Verfügung unter N. 2 fallen könne.

7) Darauf, ob der Bevollmächtigte hinsichtlich des Inhalts u. der Form des abzuschließenden Geschäftes erschöpfende Vorschriften erhalten habe oder ob ihm in einzelnen Punkten Spielraum zur eigenen Entschließung gelassen worden, kommt nichts an; RG. I 28. März 87 R. 9 200 (der Umfang der Vertretungsbefugniß sei nach den konkreten Umständen zu beurtheilen).

Eine bestimmte Form ist nicht erforderlich; so die GM., insbs. RG. III 15. Dez. 80 E. 3 283. Die Bevollmächtigung kann deshalb z. B. auch geschehen durch Indossirung eines

Wechsels auf denselben o. in blanco bzw. durch Ausstellung einer Schuldurkunde o. Hypothek auf den Namen des Bevollmächtigten; RG. II 4. Juni 86, 19. Apr. 87, E. 14 194, R. 9 247

Nicht erforderlich ist ferner, daß in Folge des Vertretungsverhältnisses eine Sache in den Besitz o. Gewahrsam des Bevollmächtigten gelangt sei; Berlin 13 Juni 73 St. 3 22.

Das cit. RG. 19. Apr. 87 hat es endlich für unerheblich erachtet, ob die Bevollmächtigung ein unerlaubtes o. gar strafbares Geschäft zum Gegenstande habe, z. B. die Versilberung eines über eine simulirte Schuld ausgestellten Hypothekenbriefes (bedenklich!).

8) Objekt der aus Nr. 2 strafb. Hdlg. sind „Vermögensstücke", insbs. „Forderungen", des Auftraggebers.

a) „Vermögensstücke" sind, wie die Wortfassung außer Zweifel stellt, Einzelobjekte des Aktivvermögens des Auftraggebers, also namentl. auch bewegliche Sachen, insbs. baares Geld (N. 16a); RG. III 4. Feb. 84, 1. März 86, E. 10 72, 13 376. Während darüber kein Zweifel herrscht, daß eine gewöhnliche Schuldverschreibung, mag auch das Papier im Eigenthum des Ausstellers stehen, nicht zum Aktivvermögen desselben gehört, ist die Frage bezüglich des eigenen Wechselacceptes bestritten; falls der Acceptant den Wechsel auf sich hat indossiren lassen, wird dasselbe auch als Vermögensstück des Acceptanten selbst gelten müssen und die Frage daher mit RG. III 1. März 86 E. 13 376 zu bejahen, im übrigen aber jene Eigenschaft mit Dresden 19. Okt. 74 St. 5 119 gegen das cit. RG. sowie ferner gegen II 9. Mai 84, 4. Juni 86, E. 10 385, 14 184 sowie Berlin 13. Sept. 78 O. 19 414 zu verneinen sein.

b) Ob „Vermögensstücke", insbs. „Forderungen", solche „des Auftraggebers" sind ist — entsprechend der Eigenschaft einer „fremden Sache" bei Diebst. (§ 242 N. 5) bzw. Unterschlgg. — lediglich nach den Bestimmungen des maßgebenden Civilrechts zu entscheiden; so namentl. RG. I. 24. Sept., II 13. März 83, III 10. Dez. 88, IV 10. Juni 90, R. 5 542, 168, 10 715, E. 20 436 (letztere beiden mit der weiteren zutreffenden Ausführung, daß auch an einem im gemeinschaftl. Eigenthum stehenden Vermögensstücke das Verg. verübt werden könne; vgl. § 242 N. 11); aM.: Merkel HH. 3 783 N. 5, Kronecker G. 34 403 („Vermögensst." sei nicht civilistisch, sondern wirthschaftlich aufzufassen). Dementsprechend ist:

I. angenommen, daß die eingezahlten Geschäftsantheile der Mitglieder einer EG. Vermögensstücke der Genossenschaft seien; RG. I 8. Jan. 83 R. 5 15;

II. verneint und zwar α. auf Grund des HGB. bzw. der WO., daß der Erlös aus verkauftem Kommissionsgute bzw. eines im eigenen Namen umgesetzten Wechsels durch die Vereinnahmung in das Eigenthum des Kommittenten übergehe, daß folglich der Kommissionär durch Verfügung über den Erlös Untr. begehe; RG. II 9. Mai 84 E. 10 385, I 24. Sept. 83 (s. o.); β. auf Grund des PrALR., daß der Vertreter bezüglich einer im eigenen Namen gekauften u. übergeben erhaltenen Sache Untr. begehen könne (RG. II 25. Juni 80 E. 2 186), bzw. der Cessionar bezüglich der Geldbeträge in dem in N. 6 III g zum § 246 gedachten Falle.

9a) Die Handlung selbst besteht in der absichtlich (N. 12) zum Nachtheil des Auftraggebers (N. 2) geschehenden „Verfügung" über Vermögensstücke desselben; hierunter ist nach dem Wortsinne der Nr. 2 und nach dem Zwecke der Bestimmung eine Maßregel zu verstehen, welche in irgend einer Weise eine Veränderung in dem Verhältnisse des Auftraggebers zu dem btr. Vermögensstücke herbeiführt; auf diesen Erfolg, nicht auf die Art des Handelns kommt es an; RG. III 6. Jan. 85 E. 11 412. Steht sonach auch ein Kommissivdelikt in Frage, so liegt doch kein Grund vor, hier unbedingt ein positives Handeln zu erfordern, vielmehr muß selbst in diesem Falle (N. 2d) nach den allg. Grundsätzen auch eine Unterlassung für ausreichend erachtet werden, während ein Nichthandeln, welches weder das Vermögensstück selbst, noch die Rechte des Auftraggebers an demselben irgendwie affizirt, keine „Verfügung" enthält; so: cit. RG. 6. Jan. 85 (deshalb Untr. einerseits bejahend bei unterlassener Geltendmachung einer Forderung des Auftraggebers mit der beabsichtigten Wirkung des Eintritts der Verjährung der Forderung bzw. bei in gleicher Absicht unterlassener Einlegung des Rechtsmittels, andererseits verneinend bei bloßer, wenn auch vorsätzlicher, Unterlassung rechtzeitiger Ablieferung vereinnahmten Geldes), Berlin

27. Juni 77 O. 18 473 (Untr. des Geschäftsführers einer Aktiengesellschaft durch Nichtbelegung eines derselben zur hypothekarischen Unterbringung gegebenen Kapitals), H. Meyer S. 725; aM.: Hälschner 2 394, Merkel HH. 3 783, Schütze S. 478 N. 9, Oppenh. N. 3, Puchelt N. 4.

b) Die Verfügung ist in der verschiedensten Weise denkbar, z. B. durch volle Bezahlung von Rechnungen ohne Abzug des dem Machtgeber kontraktlich zustehenden Rabattes (RG. II 6. Juli 80 E. 2 215), über das Betriebsmaterial einer Eisenbahn durch geringere Gewichtsangabe im Frachtbriefe seitens eines Güterexpedienten einer Eisenbahn (RG. I 10. Juli 82 R. 4 683), durch Ausführung eines ungültigen Generalversammlungsbeschlusses seitens der Vorstandsmitglieder (RG. II 1. Okt. 86 R. 8 575), durch Ausführung der Einziehung einer Forderung auf Grund einer vom Auftraggeber ausgestellten Scheincession nicht behufs Befriedigung des letzteren, sondern zum eigenen Nutzen (RG. IV 31. Jan. 90 G. 37 444), durch Herbeiführung der Liquidation eines Vereins mittels Erschleichung eines Auflösungsbeschlusses durch eine statutenwidrig zusammengesetzte Generalversammlung (RG. III 25. Apr. 92 E. 23 97), durch Mitwirkung zu den Majoritätsbeschlüssen des Vorstandes einer Erwerbsgenossenschaft, wodurch Kreditbewilligungen erfolgten (Dresden 25. März 78 St. 8 233), durch Hingabe von Sachen des Auftraggebers gegen werthlose Accepte (Berlin 27. Nov. 78 O. 19 547). Ohne eine Verfügung über Vermögensstücke, welche vorher Bestandtheile des Vermögens des Auftraggebers waren, kann Untr. aus Nr. 2 nicht begangen werden; vgl. RG. III 31. März 90 E. 20 358 btr. vergleichsweisen Verzichtes seitens eines Beauftragten (Kommissionärs) über eine Forderung, welche aus einem seitens desselben mit einem Dritten zwar für Rechnung des Auftraggebers, aber im eigenen Namen geschlossenen Vertrage entstanden war, ohne zuvorige Abtretung des Anspruches an den Auftraggeber. Deshalb ohne diese Voraussetzung auch nicht durch Belastung des Vermögens des Auftraggebers mit Schuldverbindlichkeiten; denn wenn auch hierin eine indirekte Verfügung über das Vermögen des Auftraggebers liegen sollte, so doch nicht eine solche über ein „Vermögensstück" (N. 8a); so: RG. III 4. Feb. 84 E. 10 72 (btr. einen Wechsel, der vom Vorsitzenden eines Sparvereins für diesen mit der Unterschrift als Aussteller versehen wurde, ohne daß der Verein die Disposition über den ihn von einem Dritten vorgelegten Wechsel auch nur zeitweise erlangte; vgl. R. 6 75), Berlin 14. Nov. 78 O. 19 534; aM. Dresden 27. März 76 St. 7 166 (Acceptation eines Wechsels für eine Privatschuld eines Handelsgesellschafters mit der Gesellschaftsfirma). Ebendeshalb liegt auch in der Verfügung über Schuldverschreibungen und Wechselaccepte des Auftraggebers, da diese keine „Vermögensstücke" bilden (N. 8a), keine Untr. trotz der mittelbaren Wirkung auf das Vermögen des Auftraggebers; aM. Merkel HH. 4 441.

c) Eine solche Verfügung kann aber der Natur der Sache nach nicht vorgenommen werden seitens des Bevollmächtigten bezüglich seiner eigenen Schulden an den Auftraggeber, da er in Betreff dieser nicht für den Gläubiger bzw. statt dessen handeln kann; Berlin 11. Juli 79 O. 20 331 (keine Untr., wenn unter jener Voraussetzung ein Bevollmächtigter zur Ausgleichung seiner eigenen Schuld fingirte Posten, als für den Auftraggeber ausgegeben, aufstellt). Mit Recht ist eine solche Verfügung auch verneint von München 28. Sept. 72 St. 2 118 in einem Falle, wo ein Kolporteur, welcher für einen Buchhändler Abonnenten sammeln sollte, dieselben einem anderen Buchhändler zugewiesen hatte, da, selbst wenn aus den Bestellungen für den Auftraggeber Forderungsrechte erwachsen sein sollten, nicht diese, sondern nur die Bestellungen überwiesen waren.

d) Nicht erforderlich ist, daß der Bevollmächtigte nach den Grundsätzen des Civilrechts für die absichtlich vorgenommenen nachtheiligen Verfügungen dem Auftraggeber rechtsverbindlich verantwortlich sein müsse, weshalb auch ein in seine Handlungsfhgkt. beschränkter Minderjähriger als Bevollmächtigter gegen Nr. 2 verstoßen kann; RG. I 30. Jan. 90 E. 20 262.

Zu Absatz 1 Nr. 3. N. 10, 11.

10) Subjekt des Verg. im Falle der Nr. 3 sind Personen, welche „zur Betreibung ihres Gewerbes (§ 222 N. 7c) von der Obrigkeit verpflichtet" sind. Dazu gehören:

a. unbedingt die Mäkler (Handelsmäkler, Sensale), weil diese nach HGB. Art. 66 „amtlich bestellte Vermittler für Handelsgeschäfte" sind;

b. sofern sie nach der GewerbeO. § 36 durch „die verfassungsmäßig dazu befugten Staats- oder Kommunalbehörden auf die Beobachtung der bestehenden Vorschriften beeidigt und öffentlich angestellt sind": die Feldmesser, die Versteigerer (Auktionatoren), ferner die Güterbestätiger, Schaffner, Wäger, Messer, Bracker, Schauer und Stauer, d. h. solche Personen, welche „den Feingehalt edler Metalle oder die Beschaffenheit, Menge oder richtige Verpackung von Waaren irgend einer Art feststellen" (so nach dem cit. § 36), — nicht aber, sofern die Bestellung dieser Personen seitens einer „Korporation" erfolgte, bzw. insofern diese Gewerbe lediglich „frei betrieben werden", da alsdann das Requisit einer „Verpflichtung von der Obrigkeit" fehlt.

Unter dieser letzteren Voraussetzung treten aber zu den in Nr. 3 ausdrücklich bezeichneten Personen insbs. noch hinzu: die Markscheider, ferner die Medizinalpersonen (Dresden 8. Dez. 71 St. 1 294 btr. Untr. eines von einem sächs. Gerichte eidlich in Pflicht genommenen Thierarztes).

11) Die Handlung selbst besteht darin, daß der Thäter „bei den ihm übertragenen Geschäften denjenigen, dessen Geschäfte er besorgt, absichtlich (N. 12) benachtheiligt" (N. 1). Die Besorgung eines von einem Anderen übertragenen Geschäftes für denselben ist in der Praxis z. B. gefunden: in der Theilnahme eines Mitgliedes und thierärztlichen Sachverständigen einer Vormusterungskommission an der Vormusterung von Pferden; Dresden 8. Dez. 71 St. 1 294; in der Eingehung von Schuld- u. Wechselverbindlichkeiten zum Nachtheil des Auftraggebers; Berlin 14. Nov. 78 O. 19 534.

Dolus. N. 12, 13.

12) Der Dolus der Untr., als eines vorsätzlichen Verg., erfordert das Wissen und Wollen des gesammten Deliktsthatbestandes, folgeweise für die Nr. 1—3 gleichmäßig den Vorsatz, zum Nachtheile des Auftraggebers zu handeln, d. h. das Vermögen desselben zu beschädigen (N. 2). Es fragt sich aber, ob mit dem in allen drei Nrn. gebrauchten „absichtlich" etwas anderes als dieser Vorsatz habe bezeichnet werden sollen. Zunächst fällt nicht ins Gewicht, daß dieser Ausdruck an Stelle des im PrStGB. § 246 gebrauchten „vorsätzlich" getreten ist; die Motive erwähnen dieser Abänderung garnicht, obgleich sie die übrigen Abweichungen rechtfertigen. Schon deshalb ist anzunehmen, daß auch hier mit „absichtlich", wie so häufig im RStGB., lediglich der Vorsatz hat bezeichnet werden sollen; dafür spricht auch der innere Grnnd, daß die Benachtheiligung eines Anderen nur höchst selten den Endzweck des Handelns bilden, dieser vielmehr meist in der eigenen Bereicherung zu finden sein wird, welche nach Abs. 2 (s. u. N. 14) einen Straferhöhungsgrund abgiebt. Der Gesetzgeber kann unmöglich einerseits den kaum denkbaren Fall, daß der Thäter den eigenen Vortheil und den Schaden eines Andern jeden um seiner selbst willen nebeneinander erstrebt, haben strafen, andererseits den häufigen Fall, in welchem der Thäter in seinem Handeln allein durch den eigenen Vortheil sich bestimmen läßt, haben straflos lassen wollen. So: RG. III 28. Jan., I 23. März, 26. Jan. 80, 8. Dez. 84, E. 1 172, 329, R. 1 273, 6 785, IV 10. Juli 88 G. 36 400, Berlin OAG. 14. Dez. 72 O. 13 667, Mannheim 11. Okt. 73, 6. Juni 74, Dresden 25. März 78, St. 3 205, 4 53, 8 233, Geyer 2 62, Hälschner 2 393, v. Liszt S. 472, H. Meyer S. 726, Blum N. 1, Rüd.-St. N. 2, v. Schwarze N. 1, Lucas Subj. Verschuldg. S. 31, auch wohl Villnow GS. 37 641 N.*. AM.: Berlin OTr. 24. März 71, 3. Dez. 72, 7. Mai 75, O. 12 177, 13 659, 16 357 (Absicht bezeichne den auf die Benachtheiligung als Zweck gerichteten Willen), Merkel HH. 4 440, F. Meyer N. 8, Oppenh. N. 1, Rubo N. 3, Ortloff GS. 34 449. Selbstverständlich genügt übrigens auch hier der eventuelle Dolus; RG. II 21. Nov. 82 E. 7 279, Berlin 20. Dez. 76, 2. Apr. 79, St. 7 165, O. 20 176.

13) Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit der Handlung, als „generelles Merkmal des Dolus", ist auch bei der Untr. erforderlich (vgl. § 59 N. 30 f.); so: RG. I 26. Jan. 80 R. 1 273, Berlin 24. März 71 O. 12 177, 14. Apr. 75 St. 5 109 (woselbst jenes Bewußtsein unzutreffend als „genereller Dolus" bezeichnet wird), Binding Normen 2 N. 724, Merkel HH. 4 441.

Zu Absatz 2. N. 14.

14) Ein i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 straferhöh. Umst. liegt vor, wenn

die Untr. begangen wird, „um sich oder einem Anderen einen Vermögensvortheil zu verschaffen" (vgl. wegen eines prakt. Falles RG. II 6. Juli 80 E. 2 215). Wegen dieser, zum subjektiven Thatbestande der einfachen Untr. hinzutretenden, Absicht, welche die Bereicherung als den Zweck des Handelns erscheinen läßt (N. 12 und die dort citt. RG. 28. Jan., 23. März 80 sowie v. Liszt S. 472, 486), vgl. § 263 N. 43 ff. bzw. § 253 N. 8. Das dort behandelte Thatbestandsmoment des Betr. bzw. der Erprssg. erfordert nur noch weiter gehend, daß die Absicht auf einen „rechtswidrigen" Vermögensvortheil gerichtet sei; das ist bei der qualifizirten Untr. nicht erforderlich; so: Hälschner 2 394, v. Liszt S. 472; aM.: Merkel HRl. „Untreue", Schütze S. 478, Simonson Vortheil S. 66; vgl. jedoch wegen der Rechtswidrigkeit der Hdlg. als solcher o. N. 2, 12 und wegen des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit N. 13.

Theilnahme; Idealkonk.; Strafe; Verjährung, Zuständigkeit. N. 15—18.

15) Beihülfe (§ 49) kann, wie bei der Unterschlgg. (§ 246 N. 25), namentl. auch durch Empfangnahme der dem Eigenthümer entfremdeten Gegenstände geleistet werden, indem dadurch erst die Vollendung der Untr. ermöglicht wird; RG. III 1. Juli 86 R. 8 507.

16) Das Verhältniß zu anderen §§. btr., so ist denkbar Idealkonk. (§ 73):

a. von Untr. aus § 266$_2$ mit Unterschlagung (§ 246$_1$), sobald eine bewegliche Sache (vgl. o. N. 5, 8a) das Objekt der Strafthat bildet; so die GM., insbs. RG. I 26. Jan., III 2. Okt. 80, 15. Dez. 82, R. 1 273, 2 293, E. 7 349, Mannheim 11. Okt. 73, 6. Juni 74, 30. Jan. 75, 24. März 77, St. 3 205, 4 53, 5 120, 8 204; aM.: Binding 1 363 (Untr. sei nur da anzunehmen, wo Veruntreuung nicht vorliege), Puchelt N. 2. Die Strafe ist im Falle einer derartigen Idealkonk. aus § 266$_2$ zu bestimmen. Von der Anwendung der Vorschrift des § 247$_1$ kann natürlich keine Rede sein, soweit es um Bestrafung wegen Untr. sich handelt; so die GM., insbs. RG. I 24. Nov. 87 E. 16 343; aM. Blum N. 4 u. v. Schwarze N. 6, welche jene als eine unbedingt Platz greifende Spezialvorschrift ansehen;

b. von Untr. aus § 266^3 mit Betrug (§ 263); Dresden 8. Dez. 71 St. 1 294.

17) Die Hauptstrafe ist Gefängniß von 1 T.—5 J. (§ 16), im Falle des qualifiz Verg. (Abs. 2) fakultativ außerdem Geldstr. von 3—3000 M. (§ 27). Als Nebenstr. ist VbbER. nach dem Eingang des Abs. 1 i. V. mit § 32 zulässig.

18) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67$_2$ in fünf Jahren. Vgl. auch das o. N. 2d cit. RG. 23. Nov. 85.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73^1, 27.

Dreiundzwanzigster Abschnitt.

Urkundenfälschung.

1) Wie das RStGB. in der Behandlung der Urkundenfälschung materiell mehrfach vom PrStGB. abgewichen ist, so auch in der systematischen Anordnung; einerseits sind im RStGB. § 274 zwei im PrStGB. § 243$^{8.7}$ (früher Nr. 7, 6) als Betr. angesehene Fälle zutreffend in den Abschn. 23 eingestellt, während andererseits der dem § 254 des PrStGB. entsprechende Thatbestand als Uebertr. (§ 363) seinen Platz im Abschn. 29 gefunden hat. In Gemeinschaft mit diesem § 363 behandelt Abschn. 23 die Materie der Urkflschg. i. S. des EG. § 2; Binding 1 321.

§. 267.

Wer in rechtswidriger Absicht eine inländische oder ausländische öffentliche Urkunde oder eine solche Privaturkunde, welche zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit ist, verfälscht oder fälschlich anfertigt und von derselben zum Zwecke einer Täuschung Gebrauch macht, wird wegen Urkundenfälschung mit Gefängniß bestraft.

PrStGB. (fehlt). Entw. I (fehlt), II § 262. Aktenst. Nr. 92, 182^{39}. StB. S. 1174.

Vgl. § 280.

Zu §§ 267—270. N. 1—22.

1) Die Urkundenfälschung i. e. S., die entweder eine einfache (§ 267) oder eine schwere (§ 268) ist, erfordert zu ihrem Thatbestande zwei Akte: die Herstellung einer falschen o. verfälschten Urkunde und das Gebrauchmachen von derselben zum Zwecke der Täuschung. Jeder Alternative des ersteren Aktes, der „fälschlichen Anfertigung einer Urkunde", wird die im § 269 bezeichnete Hdlg. gleichgeachtet, so daß der erste Thatbestand der Urkflschg. einer dreifachen Modalität fähig ist.

Der Urkflschg. selbst wird dagegen nach § 270 der wissentliche Gebrauch einer, im obigen S., falschen o. verfälschten Urkunde zum Zwecke der Täuschung gleichgeachtet, also eine dem zweiten Akte der Urkflschg. i. w. S. entsprechende Hdlg.

Urkunde. N. 2—22. — Im allgemeinen. N. 2—4.

2) Das Gesetz selbst enthält keine allgemeine Bestimmung des Begriffs der „Urkunde" (vgl. über denselben Weismann ZfStRW. 11 2 ff.), welcher in den §§ 267—270 deren engem Zusammenhange zufolge (N. 1) jedenfalls ein einheitlicher ist, setzt denselben vielmehr „bereits als bekannt und feststehend" voraus (so die Motive), allerdings unzutreffend.

Ein jeder leblose körperliche Gegenstand kann unter Umständen als Beweismittel dienen, zunächst für die Gründe seiner eigenen Entstehung und die Bedingungen seines Bestehens, dann aber indirekt auch für weitere natürliche oder geschichtliche Vorgänge. Kommt ein Gegenstand als ein derartiges Beweismittel in Betracht, so wendet der Sprachgebrauch zwar auch auf ihn die Bezeichnung „Urkunde" an. Allein diese Bezeichnung ist nur eine ganz vulgäre, von der eigentlichen Bedeutung des Wortes sich entfernende; denn eben jeder Gegenstand besitzt diese „faktische Beweiserheblichkeit", gleichwie ein jeder Mensch, der seine fünf Sinne zu gebrauchen versteht, als Zeuge für irgend einen in seiner Gegenwart sich abspielenden Vorgang dienen kann. Wie man aber erst dann einen Menschen als „Zeugen" im e. S. bezeichnet, insofern er, sei es von vornherein als testis rogatus, sei es nachträglich dazu bestimmt ist, über einen konkreten Vorgang, bei dem er gegenwärtig war, Zeugniß abzulegen, so wird auch als „Urkunde" im e. S. nur ein solcher, lebloser Gegenstand angesehen, der — an sich geeignet, ein Beweismittel für bestimmte Thatsachen abzugeben — dazu durch einen maßgebenden Willen bestimmt wird; nur ein solcher Wille ist im Stande, einen Gegenstand aus dem Kreise der blos faktischen Beweismittel herauszuheben, während andererseits, nach der Anschauungsweise des gemeinen Lebens, ein Gegen-

stand, welcher jeder Beweiserheblichkeit entbehrt, trotz eines solchen Willens die Eigenschaft einer „Urkunde" nicht erlangt. So im wesentlichen Merkel S. 359 und HRgutachten S. 30 f.; vgl. auch John ZfStRW. 6 16.

3 a) Von dem allg. Urkundenbegriffe (N. 2) ist aber der juristisch-technische zu unterscheiden. Nach den Motiven ist zwar zweifellos, daß das StGB. den Begriff „Urkunde" nicht auf „Schriftstücke" (vgl. § 353 a) beschränken will; diese engere Bedeutung des Wortes ist vielmehr im ausdrücklichen Gegensatz zum PrStGB. § 247, fallen gelassen; so die GM., abgesehen von v. Kirchmann N. 1 u. Schütze S. 484. Es kann also an sich ein jeder körperliche leblose Gegenstand eine Urk. im technisch-juristischen, namentl. auch i. S. des StGB., sein und ist auch keineswegs für erforderlich zu erachten, daß derselbe ein „von Menschenhand gefertigter" sei; so nimmt die GM. z. B. mit Recht an, daß als — zweifellos Urkundenqualität besitzende — Grenzzeichen auch durch die Natur dargebotene Gegenstände in Betracht kommen können (vgl. § 274 N. 8 a); vgl. RG. III 9. Feb. 81, II, III 19. Dez. 87, E. 4 4, 17 103 (jeder „sinnlich wahrnehmbare" bzw. „jeder leblose Gegenstand"). AM. jedoch: RG. II 23. Jan. 80, 19. Mai 82, E. 1 162, 6 289, III 22. Okt. 83 R. 5 625, Hälschner 2 534, Oppenh. N. 40, v. Schwarze N. 1a, Riedel GS. 38 545 ff.

b) Unbedingt festzuhalten ist ferner mit Merkel daran, daß der Gegenstand als Beweismittel durch einen maßgebenden Willen, sei es von vornherein, sei es später, bestimmt sein muß. So: RG. II, III 19. Dez. 87 (s. o.), III 9. Feb. 81 (s. o.), 9. Feb., 12. März 88, E. 17 141, 282, IV 5. Apr. 89 G. 37 193, München 28. Juni 78 St. 8 245, Berner S. 579, Geyer 2 100, v. Liszt S. 541, H. Meyer S. 931, Schütze S. 484 (vgl. jedoch S. 486 N. 11), Oppenh. N. 40, Rubo N. 4, Fuchs G. 19 667; vgl. auch Hälschner 2 520, 534 (wohl nicht miteinander harmonirend). AM.: RG. II 23. Jan., III 4. Feb., I 3. Juni 80, BStS. 6. März 83, III 5/12. März 83, E 1 162, 293, 2 173, 6 289, 8 92, 187, III 22. Okt. 83 R. 5 625, ROHG. 1. Dez. 76 Entsch. 21 351, Dresden 12. Mai 73, Berlin 25. März 74, St. 3 129, 4 70, v. Schwarze N. 1a, Mommsen, Riedel, GS. 36 41, 49, 38 538, welche es für hinreichend erachten, daß die Urk., Beweis zu liefern, geeignet sei. Vgl. ferner einerseits v. Buri GS. 28 31, 36 185, 311 f., nach welchem eine Urk. als gegenwärtiges Beweismittel nur dann erscheinen soll, wenn sie selbst ihre Eigenschaft als Beweismittel zu erkennen gebe, in ihr mithin die Bestimmung, daß sie Beweismittel sein solle, zum verständlichen Ausdruck gelangt sei; Urk. sei sonach der Gegenstand, welcher zu erkennen gebe, daß eine Thatsache mit dem Willen bestätigt worden sei, es solle diese Bestätigung zum Beweise dienen; dieser Wille müsse innerhalb der Urk. zum Ausdruck gelangt sein, dagegen komme nichts darauf an, ob der Aussteller der Urk. eine auf Beweisführung mittels derselben gerichtete Absicht gehabt habe; andererseits John ZfStRW. 4 23 f., 6 21, der, wie auch Hälschner 2 530, Beweisfähigkeit für jede Urk. verlangt, kraft deren sie bei etwa entstehendem Streite auch Beweiswirksamkeit zu äußern vermöge.

c) Eine Einschränkung erleidet aber der allg. Urkundenbegriff dahin, daß als Urk. im juristischen S. nur ein solcher Gegenstand in Betracht kommt, welcher bestimmt ist, im Rechtsleben als Beglaubigungsmittel zu dienen; nur derjenige Gegenstand, der eine rechtlich erhebliche Thatsache (nicht „ein Rechtsverhältniß" als solches; vgl. RG. IV 5. Apr. 89 G. 37 193) beweisen soll, bietet Veranlassung zur Aufstellung eigenthümlicher Rechtsnormen, namentl. im Strafrechte. Eine Urkunde i. w. S., die zur Beglaubigung einer nur historisch interessanten Thatsache bestimmt ist, kommt für das Recht nicht als „Beweismittel", sondern lediglich als „Gegenstand der Kunst u. Wissenschaft" in Betracht; insoweit Gegenstände dieser Art einen besonderen strafrechtl. Schutz genießen (vgl. § 304), insoweit thun solches auch derartige Urk., aber nicht weiter. Erscheint demgemäß die „Rechtserheblichkeit" als ein allgemeines, unentbehrliches Erforderniß der Urk. im juristisch-technischen S. (vgl. Näheres u. N. 11), so ist namentl. auch nothwendig, daß eine Urk., wie sie das StGB. im Auge hat, auf rechtlich erhebliche Thatsachen Bezug habe, daß sie zum Beweise solcher Thatsachen von vornherein oder später bestimmt sei. So namentl. Merkel HRgutachten S. 40, HRl. „Urkflschg." u. HH. 3 789, 4 443, ferner: Binding 1 110 N. 194, Hälschner 2 526 f., v. Liszt S. 540, Schütze S. 484 N. 8, Fuchs G. 19 669, John ZfStRW. 4 8, 6 1 ff., Riedel

GS. 38 537, auch das cit. RG. 9. Feb. 81. AM.: RG., insbs. das cit. II, III 19. Dez. 87 sowie: I 8. Nov. 80 R. 2 474, II 25. Nov. 82 E. 7 252, III 22. Okt. 83 E. 9 141 u. ausführlicher R. 5 625, Berner S. 580, H. Meyer S. 931, Oppenh. N. 40, 47, Rubo 4, Rüd.-St. 9, v. Buri, Börne, GS. 28 29, 36 173 ff. bzw. 41 392.

d) Eine sachliche Abweichung vom allg. Urkundenbegriffe zeigt sich ferner dahin, daß ein zum Beweise rechtserheblicher Thatsachen bestimmter körperlicher lebloser Gegenstand selbst dann als Urk. im juristischen Sinne anzusehen ist, wenn er sich auch zum Beweise jener Thatsachen, zu deren Beglaubigung er dienen soll, nicht eignet; der Umstand, daß dem Gegenstande die Beweisfähigkeit fehlt, nimmt ihm die Eigenschaft einer Urk. im juristischen S. nicht, sowenig ein „Zeuge" deshalb, weil er ein testis nesciens ist, aufhört ein „Zeuge" im juristischen S. zu sein. Die Rücksicht auf die geordneten Formen, welche unentbehrlich sind, um dem Rechte zur Durchführung zu verhelfen, lassen vom technisch-juristischen Standpunkte aus das materielle Element bei der „Urkunde" gegenüber dem formellen derartig zurücktreten, daß die Eignung zur Feststellung rechtlich erheblicher Thatsachen begrifflich nicht erforderlich erscheint. So v. Liszt S. 541. AM. RG. II, III 19. Dez. 87 (s. o.), es gehöre zum Wesen der Urk., daß sie zum Beweise einer Thatsache geeignet sei; das Erforderniß der Beweisfähigkeit sei vom RG. oftmals anerkannt; ferner Merkel (vgl. namentl. HRgutachten S. 40, 45), der für eine Urk. im Sinne des StGB. erfordert, daß sie zu den „im Rechtsleben acceptirten Beglaubigungsmitteln" für rechtlich erhebliche Thatsachen gehöre, da im Gebiete des Rechtslebens die subjektive Bestimmung eines Gegenstandes als Beweismittel für solche Thatsachen nicht in Betracht komme, wenn sie nicht in äußeren Merkmalen einen und zwar an der Sache selbst hervortretenden Ausdruck gefunden habe; vgl. auch: Fuchs G. 19 667, Geyer 2 100, Hälschner 2 529 ff., Rubo N. 4, sowie die o. zu b. citt. Gegner der dort vertretenen Ansicht.

4) Daß die soeben entwickelte Ansicht der Auffassung des StGB. selbst entspricht, erhellt daraus, daß als Objekt der Urkflschg. nach § 267 in Betracht kommt: „eine öffentliche Urkunde oder eine solche Privaturkunde, welche zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit ist". Während sonach die öffentl. Urk. ohne weiteres unter den Schutz des Strafgesetzes gestellt wird, weil der Staat, wenn er selbst eine Thatsache urkundlich macht, schlechthin Achtung vor der Urkundenform beansprucht, so ist bei den Privaturk. die Beweiserheblichkeit wesentlich; diese ist sonach nicht ein im Begriffe der Urk. im technisch-juristischen Sinne liegendes, sondern ein hinzutretendes Merkmal. So namentl.: Berner S. 580, v. Liszt S. 542, H. Meyer S. 931, Rubo N. 4, 8, Börne GS. 41 403, ferner John ZfStRW. 6 21, die „Beweisfähigkeit müsse hier zur Beweiserheblichkeit potenzirt" sein, ähnlich Hälschner 2 530. Vgl. dagegen die schwankende Auffassung von Merkel einerseits in HH. 3 790, andererseits in HRgutachten S. 47 u. HH. 4 447, insbs. N. 9, dsgl. das N. 3d cit. RG. II, III 19. Dez. 87, es könne dahin gestellt bleiben, ob das allg. Erforderniß der Beweisfähigkeit von der Beweiserheblichkeit noch zu unterscheiden sei.

Häufig (vgl. z. B. v. Buri GS. 28 29, 36 318) wird verkannt, daß das bezüglich der Privaturkunde aufgestellte hinzutretende Merkmal die Beweiserheblichkeit für Rechte u. Rechtsverhältnisse, nicht aber die bei einer jeden Urk. im juristischen S., also auch bei jeder öffentlichen, nothwendige Rechtserheblichkeit selbst (N. 3c) ist; vgl. aber in dieser Beziehung namentl. die Verschiedenartigkeit der Ausdrucksweise im § 267 („Privaturkunde, welche zum Beweise von Rechten 2c. von Erheblichkeit ist") und im § 271 („Thatsachen, welche für Rechte 2c. von Erheblichkeit sind").

Oeffentliche Urkunden. N. 5—9.

5) Das StGB. giebt keine Definition der „öffentlichen Urkunde". Nach den allgemeinen Sätzen über die Voraussetzungen der Oeffentlichkeit einer Urkunde", auf welche die Motive verweisen, sind aber darunter solche Urk. zu verstehen, denen mit Rücksicht auf ihre Entstehung besondere Glaubwürdigkeit beigelegt wird (RG. IV 21. Juni 89 E. 19 352, Berlin 20. Mai 71, München 28. Juni 78, St. 1 39, 8 245), welchem Gedanken CPO. § 380 dahin Ausdruck verliehen hat, daß „öffentliche Urkunden" definirt werden als: „Urkunden, welche von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von

einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind". Diese sachlich entsprechende Definition, die übrigens auch schon vor Emanation der CPO. gebräuchlich war (vgl.: Berlin 29. Jan. 72, 18. Apr. 77, O. **13** 91, **18** 279, Dresden 3. Juni 72, 10. März 73, St. **2** 119, **3** 23) wird allgemein für maßgebend erachtet, insbs. auch von RG. I 20. Apr. 82, 10. März 84, II 8. Apr. 81, 26. Juni 83, IV 6/13. Juli 88, 21. Juni 89, R. **4** 361, E. **10** 192, **4** 69, 8 372, **18** 76, **19** 352; vgl. auch Riedel GS. **39** 161 ff.

Unerheblich ist hiernach für den Begriff der öffentl. Urk. deren Inhalt, der namentl. ein privatrechtl. Akt sein kann (cit. RG. 10. März 84), unerheblich ist ferner die Aufbewahrung bzw. der Gebrauch der Urk. (cit. RG. 21. Juni 89). Dagegen geht ihr Zweck dahin, die in ihnen berichteten Thatsachen zum öffentl. Glauben, d. h. für und gegen jeden Dritten, vollkräftig zu beweisen; cit. RG. 21. Juni 89.

Nach Obigem müssen die öffentl. Urk. aufgenommen sein entweder a. von einer öffentl. Behörde oder b. von einer sog. Urkundsperson. Mit Bezug hierauf ist zu bemerken:

Zu a) Der Zusammenhang des § 380 CPO. mit den §§ 282 f. das. ergiebt, daß unter öffentl. Behörden nur solche amtliche Stellen zu verstehen sind, welche, wenn auch ihr Beruf nicht gerade in der öffentl. Beurkundung von Erklärungen besteht, doch befugt sind, amtliche Anordnungen, Verfügungen u. Entscheidungen zu treffen; cit. RG. 21. Juni 89. Eine Beschränkung der amtlichen Stellen auf eine besondere Art unter dem Namen „Behörde" ist keineswegs bezweckt; cit. RG. 10. März 84.

Zu b) Unter einer „mit öffentl. Glauben versehenen Person" kann, im Gegensatz zur Behörde, nur eine individuell bestimmte Person verstanden werden, welche für einen örtlich und sachlich begrenzten Kreis gerade die Befugniß, Erklärungen o. Thatsachen mit voller Beweiskraft zu bezeugen, verliehen o. eine Stelle übertragen ist, deren Beurkundung durch Gesetze öffentl. Glauben beigelegt ist; RG. III 31. Mai 86 E. **14** 175, IV 23/30. Okt. 88 R. **10** 589.

6) Sowohl „inländische" wie „ausländische" öffentl. Urk. kommen nach ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes als Objekte der Urkflschg. in Betracht.

Ob eine öffentl. Urk. eine „inländische" oder eine „ausländische" ist, entscheidet sich nicht darnach, ob sie im „Inlande", d. h. innerhalb des zum DR. gehörigen Gebietes, oder im „Auslande" (§ 8) entstanden ist, vielmehr kann nur die Qualität der Behörde bzw. der Urkundsperson entscheidend sein, so daß es darauf ankommt, ob die Behörde ꝛc. eine inl. oder eine ausl. ist (vgl. CPO. § 403); so: Hälschner 2 525, Blum N. 4, Rubo N. 5; aM. Merkel HH. 3 791, der die Gesetze des Entstehungsortes für entscheidend hält. Demnach sind Urk. die von im Auslande stationirten Konsuln und Gesandten des DR., also von inländischen Behörden u. Urkundspersonen ausgestellt sind, inländische öffentl. Urk.; arg. CPO. § 403_3 (vgl. G. v. 8. Nov. 1867 btr. die Organisation der Bundeskonsulate u. G. v. 10. Juli 1879 über die Konsulargerichtsbarkeit).

7) Nach der Ausführung in N. 6 beantwortet sich die Frage, ob eine konkrete Urk. als eine öffentliche anzusehen sei, nicht, wie meist (insbs. auch von RG. II 26. Juni 83 E. 8 372) angenommen wird, nach den Gesetzen ihres (ostensibelen) Entstehungsortes sondern nach Maßgabe „des Rechts desjenigen Staates, dem der Aussteller der Urk. angehört"; Rubo N. 5.

Was speziell das Erforderniß der Beobachtung der „vorgeschriebenen Form" anbetrifft, so mag es unter Umständen weder auf Unterschrift, noch auf Siegel, noch auf einen sonstigen ausdrücklichen Beglaubigungsvermerk des Herstellers der Urk. ankommen und die Form einen mehr o. weniger willkürlichen Charakter annehmen; dennoch aber erfordert der Begriff der öffentl. Urk. mit Nothwendigkeit die Beobachtung der für dieselbe vorgeschriebenen o. herkömmlichen Form, soweit dieselbe für wesentlich zu erachten ist; RG. I 21. Mai 83 E. 8 409, III 29. März 83, 31. Mai 86, R. 5 199, E. **14** 175. Keineswegs ist hiernach einer Urk. der Charakter als einer öffentlichen schon bei jeder Mangelhaftigkeit der Form abzusprechen; RG. 29. März 83 (s. o.), II 2. Apr. 86 R. 8 247 (letzteres btr. Mängel eines nach der PrV. v. 13. Feb. 1843 ausgestellten Pferdeveräußerungsattestes), Dresden 10. März, 20. Okt. 73, München 9. Feb. 74, St. **3** 23, 365, 369. Vgl. übrigens btr. der Form der Anordnung einer vorläufigen Festnahme seitens der StAschaft RG. IV 10. Dez. 86 E. **15** 110.

Mit Rücksicht darauf, daß eine öffentl. Urk. einen ganz verschiedenen Inhalt haben kann, ist es möglich, daß eine Urk. durch einen Mangel, der nur auf einen Theil des Inhalts sich bezieht, in Bezug auf diesen Inhalt die Eigenschaft der Beurkundung verliert, im übrigen aber behält; **RG.** IV 24. Juni 85 **E. 12** 331 (das in einer Zwangsvollstreckung aufgenommene Versteigerungsprotokoll verliere die Eigenschaft einer öffentl. Urk. nicht unbedingt dadurch, daß die durch CPO. § 682[4] kategorisch verlangte Unterschrift derj. Person, mit welcher verhandelt ist, sowie die Angabe des Grundes dafür fehlten).

Die Nichtbeobachtung von Vorschriften über den Inhalt einer öffentl. Urk. ist ganz gleichgültig; **RG.** III 22. Jan. 83 **R. 5** 56.

8) In der Praxis ist für eine „öffentliche Urkunde" z. B. erachtet worden:

I. nach Reichsrecht:

a. ein gemäß der StPO. im Vorverfahren o. in der Hauptverhandlung aufgenommenes gerichtliches Protokoll; **RG.** I. 27. Apr. 80, II 18. Feb. 81, **R. 1** 686, **3** 58; eine von der zuständigen Behörde, insbs. der StASchaft u. Gefängnißverwaltung, geführte Strafliste; **RG.** II 21. Jan., 29. Nov. 81, **E. 3** 204, **5** 175, Berlin 4. Okt. 71, München 11. Nov. 73, **St. 1** 237, **3** 225;

b. die Bekanntmachung eines Gerichtsvollziehers gemäß CPO. § 717 über eine an einem bestimmten Orte zur bestimmten Zeit abzuhaltende Versteigerung; **RG.** II 10. Okt. 84 **R. 6** 613 (btr. § 133); die Abschrift der Zustellungsurk., welche nach den Vorschriften der CPO. bzw. nach StPO. § 37 dem Adressaten der Zustellung übergeben wird; **RG.** III 31. Mai 86 **R. 8** 417, II 14. März 90 **G. 38** 59;

c. die Eintragung seitens eines Standesbeamten in ein Standesregister; **RG.** II 20. Mai 81 **E. 4** 194; die Bescheinigung einer Gemeindebehörde über die durch Aushang erfolgte Bekanntmachung eines Aufgebots; Berlin 7. Dez. 76 **St. 7** 177; ein vorschriftsmäßiger Auszug aus dem Standesregister, auch wenn durch die Eintragung selbst die btr. Thatsache nicht bewiesen werden würde; **RG.** II 11. Feb. 87 **R. 9** 124 (s. u. N. 9a);

d. ein nach Maßgabe des G. v. 7. Apr. 1869 btr. Maßregeln gegen die Rinderpest seitens eines mit der Führung einer Viehkontrole betrauten Gemeindevorstehers ausgestelltes Ursprungsattest; Berlin 4. März 79 **O. 20** 121;

e. ein an zollpflichtige Waaren gemäß VZG. (insbs. § 159) angelegter Bleiverschluß; **RG.** I 23. Dez. 85, II 1. Feb. 87, **E. 13** 193, **15** 214; eine auf Grund des BrausteuerG. § 16 der Steuerhebestelle eingereichte u. dort mit Quittung über die entrichtete Steuer versehene schriftl. Brauanzeige, insbs. auch bezüglich des in derselben deklarirten Bierzuges; **RG.** I 25. Juni 91 **E. 22** 90;

f. ein Eintrag in das für den Verkehr mit dem zuständigen Postbeamten dienende Portobuch einer öffentlichen Behörde, der postamtliche Vermerk auf einer Postanweisung über Einzahlung einer bestimmten Summe, ein Vermerk einer Staatstelegraphenstation bezüglich des zu fordernden Botenlohnes auf dem Kuvert eines Telegrammes; Dresden 24. Juli 71, 22. März 75, 2. Feb. 74, **St. 1** 136, **6** 10, 5 138;

II. nach dem in den Reichslanden geltenden Recht: die zur Gültigkeit der Zahlungsanweisung eines Bürgermeisters erforderliche Genehmigung des Kreisdirektors; **RG.** I 23. Apr. 88 **E. 17** 328;

III. nach Preußischem Recht:

a. die von einer Klassensteuer-Einschätzungskommission aufgestellte Veranlagungsliste; **RG.** II 27. Mai 84 **R. 6** 379;

b. ein auf Grund der V. v. 13. Feb. 1843 über die Legitimation zur Veräußerung eines Pferdes auszustellendes Attest; **RG.** II 2. Apr. 86 R. 8 247;

c. ein von einem öffentl. Fleischbeschauer in Gemäßheit des G. v. 9. März 1881 innerhalb des durch die btr. PolV. ihm angewiesenen Geschäftskreises ausgestelltes Attest; **RG.** II 27. Jan. 88, III 13. März 90, **E. 17** 94, **20** 313 (s. u. N. 9c);

d. ein sog. Holzverabfolgschein, ausgestellt im Gebiete des PrALR. von einem Kgl. Forstkassenverwalter; Berlin 20. Mai 71 **St. 1** 39;

e. eine von einem Gemeindevorsteher ausgestellte Bescheinigung über die Zeit der Einberufung eines Kriegsdienstpflichtigen zum Dienste; Berlin 20. Dez. 76 O. 17 831;

f. eine vom Vorsteher einer hannov. Landgemeinde ausgestellte Bescheinigung über ein von einem Gemeindemitgliede erlittenes Brandunglück (s. u. N. 9a); RG. III 20. Dez. 79 R. 1 166;

IV. nach Bayerischem Recht:

a. die Fleischbeschaubücher (in Oberfranken); RG. I 22. Okt. 83 E. 9 139;

b. der Abdruck eines polizeil. Stempels, wodurch die erforderliche polizeil. Genehmigung zum öffentl. Anschlage der Ankündigung einer Privatperson dargethan wird; RG. I 12. Jan. 85 E. 12 17;

c. das Zeugniß einer Ortspolizeibehörde, durch welches die Dauer des Besitzes eines zur Preisbewerbung vor die Prämiirungskommission des Landgestüts vorzuführenden Pferdes bestätigt wird; RG. I 25. Feb. 86 E. 13 367;

d. die Ausfertigung eines innerhalb der Zuständigkeit gefaßten Gemeindebeschlusses; München 9. Feb. 74 St. 3 369;

V. nach Kgl. Sächsischem Recht: ein die Hülfsbedürftigkeit einer Person bescheinigendes Zeugniß, ein Sparkassenbuch einer landesherrlich genehmigten Sparkasse, die Beglaubigung eines von einem Privatmanne ausgestellten Führungsattestes, die Autorisation eines armenärztlichen Rezeptes — ausgestellt von den zuständigen Behörden: einem Gemeindevorstande, einer Sparkassenverwaltung, der obrigkeitlichen Behörde des Wohnortes des Ausstellers des Attestes, dem Vorstande einer städtischen Armen-Direktion; Dresden 20. Jan. 71, 13. Jan., 12. Mai (2 Entsch.) 73, St. 1 38, 2 377, 3 25, 129;

VI. nach Württemb. Recht: ein von einer Kgl. württemb. Eisenbahndirektion ausgestelltes Eisenbahnbillet, insbs. eine Freikarte; RG. I 21. Mai 83 E. 8 409, Stuttgart 5. März 74 St. 4 66;

VII. nach Badischem Recht: ein von einem Fleischbeschauer ausgestellter Gesundheitsschein; RG. I 2. Mai 89 E. 19 197.

9) Dagegen wurde in der Praxis die Eigenschaft einer Urk. als „öffentlicher" z. B. verneint, und zwar:

a. weil die öffentl. Behörde nicht innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse handelte bzw., die Echtheit vorausgesetzt, gehandelt haben würde:

btr. einer von Schulzen u. Schöffen einer westpreuß. Dorfgemeinde ausgestellten Schrift, in welcher einem gegen Brandschaden Versicherten behufs Erhebung der Versicherungssumme die Wiederaufrichtung des abgebrannten Gebäudes bezeugt wurde; RG. II 3. Juni 81 E. 4 246, Berlin 18. Apr. 77 O. 18 279;

btr. einer vom Gerichtsvorsitzenden ausgestellten und unterzeichneten Ladung eines Angekl. zur Hauptvhdlg. (weil StPO. § 213 diese Funktion der StAschaft zuweise); RG. IV 6/13. Juli 88 E. 18 76; btr. Eintragung eines vor dem Inkrafttreten des PersonenstdsG. stattgehabten Geburtsfalles in das standesamtl. Register; RG. II 11. Feb. 87 R. 9 124; btr. eines als Geburtsattestes seitens eines linksrheinischen Geistlichen selbst vor Inkraftreten des PersonenstdsG. ertheilten Taufscheines (weil die Ausnahme des § 73 das. diesen Geistlichen gegenüber keine Anwendung finden könne); RG. IV 19. Apr. 87 R. 9 250;

btr. der Beglaubigung einer sog. Hypothekenschätzung durch eine bayer. Dorfgemeinde; München 11. Okt. 73 St. 3 134;

b. weil der Aussteller keine öffentl. Behörde war und die Urk. auch nach ihrem Inhalte nicht den Schein zu erwecken im Stande war, als sei sie von einer Behörde innerhalb ihrer Zuständigkeit aufgenommen:

btr. einer von einem im Gebiete der PrLandgemeindeverf. v. 14. Apr. 1856 zur Prüfung der Gemeinderechnungen gewählten Ausschusses der Gemeindeversammlung ausgestellten Entlastungserklärung; RG. II 13. März 85 E. 12 91;

btr. einer Zustellungsbescheinigung, welche von einem formlos bestellten Zustellungsbeauftragten ohne Beifügung eines Amtscharakters vollzogen war; RG. III 15. Juni 85 E. 12 270;

66*

c. weil die mit öffentlichem Glauben versehene Person bei Ausstellung der Urkunde nicht innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises (sondern als Privatmann) handelte:

btr. der für einen Privatmann seitens eines angestellten gerichtlichen Dolmetschers gefertigten Uebersetzung einer ausländischen öffentl. Urk.; RG. II. 29. Nov. 81 E. 5 255;

btr. der Quittung eines Gerichtsvollziehers über seine Gebühren u. Auslagen; RG. I 20. Apr. 82 R. 4 361;

btr. der von öffentl. Fleischbeschauern in Gemäßheit des PrG. v. 9. März 1881 ausgestellten Bescheinigungen, um die Einfuhr von Fleisch in Stadtgemeinden, welche Schlachthäuser mit Schlachthauszwang errichtet haben, zu ermöglichen; RG. II 27. Jan. 88 E. 17 94;

d. weil die formelle Beweiskraft bzw. die Form einer öffentl. Urk. fehlte:

btr. eines pfarramtl. Zeugnisses, dem das herkömmlicher Weise zur öffentl. Beglaubigung erforderliche Amtssiegel fehlte; RG. III 29. März 83 R. 5 199;

btr. der polizeil. Anzeige eines Schutzmannes wegen einer strafb. Hdlg.; RG. II 20. Nov. 83 R. 5 724 (btr. § 271);

btr. des mit dem Portovermerk versehenen Abschnittes zu den Postpacketadressen; RG. I 15. Juni 85 E. 13 323; bzw. eines die vorschriftsmäßige Dienstleistung eines Postboten bestätigendes Schriftstück, welches als bloßer Rechnungsbelag nur für den inneren Verkehr des Boten mit der Behörde zu dienen hatte; München 30. Mai 73 St. 8 245;

btr. der seitens der Steuerbeamten gemäß §§ 10, 24 f. des G. v. 8. Juli 1868 auf die Betriebspläne der Steuerbeamten gesetzten Vermerke; RG. IV 21. Juni 89 E. 19 352;

e. weil zur Ausstellung der Urk. keine öffentl. Behörde bzw. kein Beamter verpflichtet war: btr. der durch § 23 GebührenO. f. Gerichtsvollzieher v. 24. Juni 1878 vorgeschriebenen (jedoch nicht vom Gerichtsvollzieher persönlich anzufertigenden) Kostennoten; RG. I 4. März 89 E. 19 62.

Rechtserhebliche Privaturkunden. N. 10—22.

10) Eine jede Urk., die nicht für eine „öffentliche" in dem N. 5 erläuterten S. zu erachten, ist eine „Privaturkunde"; der Zusatz „Privat" bezeichnet lediglich soviel als „nicht öffentlich"; RG. II. 30. Okt. 82, 4. Nov. 87, E. 7 194, R. 9 555.

Wie schon N. 4 hervorgehoben wurde, kommt aber nicht jede Privaturk. als Objekt der Urkflschg. in Betracht, sondern nur „eine solche, welche zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit ist." Da es hiernach genügt, wenn die Privaturk. für den Beweis irgend welchen Rechtes o. Rechtsverhältnisses von Erheblichkeit ist, so erscheint die Ansicht von Merkel HRl. „Urkflschg.", daß durch eine Privaturk. i. S. des § 267 der Aussteller verpflichtet erscheinen müsse, nicht richtig; RG. IV 10. Apr. 88 E. 17 298.

Liegt dieses spezielle Erforderniß neben den allg. Erfordernissen einer jeden Urk. im technisch-juristischen S. (N. 3) vor, so ist es gleichgültig, ob die Privaturk. eine „inländische oder ausländische"; denn wenn auch dieser, bei den „öffentlichen Urkunden" zur Vermeidung etwaiger Zweifel (vgl. § 275 N. 2) ausdrücklich betonte, Zusatz grammatikalisch auf die Worte „oder eine solche Privaturkunde, welche .." nicht mit zu beziehen ist (aM. jedoch Puchelt N. 3), so läßt sich doch, wie die GM. mit Recht annimmt, ein sachlicher Unterschied zwischen inl. und ausl. Privaturkunden nicht machen.

11) Die Rechtserheblichkeit einer Urk., d. h. die Bestimmung derselben, als Beweismittel für rechtlich erhebliche Thatsachen zu dienen, ist zwar ein allg. Erforderniß einer jeden Urk. i. S. des StGB. (N. 3c), allein es erscheint aus praktischen Gründen geboten, an dieser Stelle auf die Frage, wann eine Urk. rechtserheblich sei, näher einzugehen, weil gerade bei Privaturkunden i. S. der §§ 267 ff. dieser Punkt häufig zu Zweifeln Anlaß bietet; vgl. übrigens auch §§ 271 N. 4, 348 N. 3.

Eine Thatsache ist rechtserheblich, wenn sie für sich allein oder in Verbindung mit anderen Thatsachen die Entstehung, Erhaltung, Veränderung oder Erlöschung eines „Rechtes oder Rechtsverhältnisses" bewirkt; RG. I 15., II 20. Jan. 80, 22. Sept. 82, R. 1 233, E. 1 155, 7 47.

Gleichgültig ist, ob es um ein privates oder um ein öffentliches Recht sich handelt, bzw. ob das zu erweisende Recht o. Rechtsverhältniß in diesem o. in jenem wurzelt; so die GM., insbs.: RG. 22. Sept. 82 (s. o.), III 5/12. März 83 E. 8 187, IV 19. Apr. 87 R. 9 250, Dresden 12. Mai 73 St. 3 129. Deshalb ist eine stempelpflichtige Verhandlung, der die Eigenschaft

einer öffentl. Urk. nicht beiwohnt, in Rücksicht auf das Stempelinteresse in allen Fällen eine rechtserhebliche Privaturk.; RG. II 6. Feb. 85 R. 7 86.

Gleichgültig ist es ferner, ob das private Recht, wenn ein solches in Frage steht, ein materielles oder prozessualisches, ob das materielle Recht vermögensrechtlicher oder anderer Natur ist; RG. II 16. Dez. 81 E. 5 262.

12) In der Praxis ist für eine rechtserhebliche Thatsache z. B. erachtet worden:

a. die Zahlung von Geld an eine bestimmte Person (nicht blos die erfolgte Zahlung überhaupt); RG. III 5. Feb. 81 E. 3 337 (bei Unterzeichnung einer Quittung seitens des Empfängers mit falschem Namen);

b. der Umstand, daß ein Arrestbeklagter gewisse ihm gehörige Gegenstände verkauft habe (weil darnach ein Arrestgrund gegeben sein könne); RG. II 16. Dez. 81 E. 5 262 (btr. der schriftlichen, jenen Umstand bekundenden Erklärung eines unbeeidigten Zeugen);

c. das außergerichtliche Geständniß, an einer strafb. Hdlg. mitbetheiligt zu sein (namentl. wegen des dadurch für das Recht eines „strafrechtlichen“ Einschreitens gegebenen Beweismittels); RG. II 22. Sept. 82 E. 7 47 (btr. einer schriftlichen, an die StASchaft gerichteten, ev. nach StPO. § 248 verlesbaren Eingabe); die bei einer StASchaft eingereichte Strafanzeige; RG. I 20. Dez. 86 R. 8 770 (mit Rücksicht auf §§ 158, 501 StPO.);

d. das Verlangen um käufliche Zusendung von Waaren durch den einen Bestellzettel überbringenden Boten; Dresden 18. Dez. 71 St. 1 297;

e. die Acceptation eines auf einen Anderen als den Acceptanten gezogenen Wechsels sowie die Verpfändung des Ehrenwortes in einem Wechsel (weil dadurch die Vermuthung für das Bestehen eines materiellen Schuldverhältnisses begründet werde); Dresden 23. Jan. 74, München 30. Mai 76, St. 4 187, 6 345;

f. die Niederschrift von Worten (z. B. „100 M. angenommen. N. N.“), die zu einem Wechselaccept geeignet sind; RG. I 24. Mai 80 R. 1 816;

g. die Acceptation und Girirung eines noch nicht mit der Unterschrift des Ausstellers versehenen Wechsels (selbst wenn der Fälscher diese Urkunde irrthümlich für einen vollgültigen Wechsel hält); RG. III 28. Okt. 82 E. 7 183, Berlin 13. Jan. 76 O. 17 28, Dresden 15. Dez. 73, 7. Dez. 74, St. 3 171, 5 130;

h. die (in einem ärztlichen Rezepte enthaltene) Anweisung des ordinirenden Arztes an den Apotheker, für eine bestimmte Person die Medikamente zu bereiten und ihr dieselben zu verabfolgen; Dresden 12. Mai 73, Stuttgart 29. Nov. 75, St. 3 129, 7 171;

i. die (auf einem Frachtbriefe nach Vorschrift des Eisenbahnbetriebsregl. erfolgende) Berechnung der Frachtgebühren und Nachnahmegelder seitens einer Eisenbahnverwaltung; Dresden 16. Okt. 84 St. 5 129 (s. u. N. 13 d);

k. das Aufgebot einer Ehe (weil dessen Mangel bei fehlender Dispensation ein aufschiebendes Ehehinderniß bilde); Berlin 24. Juni 74 O. 15 450.

13) Dagegen ist in der Praxis für eine rechtserhebliche Thatsache nicht erachtet:

a. die Offerte btr. die kreditweise Ueberlassung eines in Wirklichkeit gar nicht existirenden Gegenstandes, näml. eines Mittels zur Besiegung des Widerstandes einer sich ablehnend verhaltenden Geliebten; RG. II 1. Juni 83 E. 8 351; die Ausfüllung des Vordrucks auf dem Abschnitt einer Postpacketadresse im Verhältniß zur Post, weil diese gar keinen urkundl. Nachweis über den Aussteller fordere; RG. III 9. Feb. 88 E. 17 141;

b. die Bitte um eine Unterstützung; Dresden 20. Jan. 71 St. 1 38;

c. ein zum Gebrauch bei einer RTwahl bestimmter, aber noch nicht in die Wahlurne gelegter Wahlzettel; Berlin 4. Jan. 79 O. 20 9;

d. eine Berechnung der o. N. 12 i gedachten Art; Berlin Pl. 5. Juni 71 O. 12 307.

14) Die Beweiserheblichkeit für Rechte und Rechtsverhältnisse ist dasjenige spezielle Erforderniß, welches bei Privaturkunden zu den allg. Erfordernissen hinzutreten muß, um sie als geeignete Objekte der Urkflschg. erscheinen zu lassen (N. 10).

Wie das Erforderniß der Rechtserheblichkeit vorliegt, sobald die Urk. zum Beweise irgend eines Rechtes bestimmt ist (N. 11), so das Erforderniß der Beweiserheblichkeit, sobald die Urk. zum Beweise eines Rechtes in irgend einem geordneten Verfahren, welches

der Verwirklichung des materiellen Rechtes dient, von Erheblichkeit ist. Demnach kommt es nicht blos auf das geltende Civil- und Strafprozeßrecht an, sondern auf den Gesammtinhalt der Beweisgrundsätze, die für das Prozeßverfahren im weitesten S. Platz greifen; so v. Schwarze N. 6; aM.: Mommsen, v. Buri, Riebel, GS. **36** 52, 317, **38** 539, die Beweiserheblichkeit sei nicht nach prozessual. Regeln, sondern nur nach vernünftigem Ermessen zu bestimmen; nicht die Regeln des „Rechts" entschieden, sondern des „Rechtsverkehrs" d. h. des gewöhnlichen Verkehrs, wenn er Rechtsverhältnisse betreffe. Immer aber muß der Urk. die Beweiserheblichkeit nach rechtlichen Grundsätzen, nicht nach irgend welchen allg. Anschauungen zukommen; H. Meyer S. 934.

Die Gestaltung des Prozeßverfahrens, namentl. das Prinzip der freien Beweiswürdigung, hat den Gegensatz zwischen der Bestimmung, als Beweismittel für eine rechtserhebl. Thatsache zu dienen, und der Erheblichkeit für den Beweis derselben zwar einschränken, ihn aber nicht ganz beseitigen können; denn auch die freie Beweiswürdigung ist an gewisse Schranken gebunden, welche in der Natur der Sache liegen und vernünftiger Weise nicht außer Acht gelassen werden können; v. Liszt S. 542; vgl. auch John ZfStRW. **4** 23 (der Inhalt der Unterscheidung sei der „zwischen dem Mehr o. Minder der Beweiswirksamkeit") u. Mommsen GS. **36** 57 (das „erheblich" enthalte eine allg. Hinweisung auf ein gewisses nicht ganz unbeträchtliches Maß des innewohnenden Beweiswerthes, und ob dieses Maß zureiche, sei im Einzelfalle Sache des richterlichen Ermessens). Unrichtig deshalb Schütze S. 486 N. 11, die Beweiserheblichkeit sei bei jedem Schriftstück anzunehmen, welches mit der Bestimmung ausgestellt werde, zum Beweise von Rechtsverhältnissen zu dienen.

15a) Die Beweiserheblichkeit einer Privaturk. muß „aus ihrem Inhalte, objektiv angesehen, hervorgehen und erkennbar sein", sie muß in „äußeren Merkmalen einen an der Sache selbst hervortretenden Ausdruck gefunden haben"; die Privaturk. muß also als solche nach ihrem Inhalte an sich geeignet sein, für die Entstehung 2c. eines Rechtes zu beweisen. So: **RG.** III 4. Feb. 80, 5/12. März 83, E. **1** 293, 8 187, IV 9. Juni 91 G. **39** 229, ROHG. 1. Dez. 76 Entsch. **21** 351, Hälschner **2** 532, Merkel HRgutachten S. 45, HRl. „Urkflschg." u. HH. **3** 791, namentl. auch v. Buri (s. o. N. 3b). Es verlangt aber Merkel — und ähnlich v. Buri GS. **28** 33 — noch ein Mehreres; beliebige, von dem Einzelnen willkürlich gewählte Zeichen sollen der Sache die Urkundenqualität nicht verleihen können, vielmehr müßten solche Zeichen gewählt sein, welchen Gesetz oder Gewohnheit die Bedeutung beigelegt habe, im Verkehre oder vor Gericht Glauben zu finden. Diesem Verlangen liegt insofern ein richtiger Gedanke zu Grunde, als nach dem in N. 14 Bemerkten in der That nicht jeder zum Beweise bestimmte Gegenstand, deshalb namentl. nicht jedes formlose, zu diesem Zweck gefertigte Schriftstück beweiserheblich ist; so auch v. Schwarze N. 7. Allein jene Anforderung geht zu weit; denn ist z. B. ein auf Vereinbarung beruhender, zum Beweise rechtserheblicher Thatsachen bestimmter körperlicher Gegenstand geeignet, den Richter erkennen zu lassen, wer — als Aussteller dieses Zeichens — dasselbe gegen sich gelten zu lassen verpflichtet ist, so ist nicht einzusehen, warum einem solchen rechts- und beweiserheblichen Gegenstande nicht der Schutz der Urk. zukommen solle; vgl. auch Hälschner **2** 533, Rubo N. 4, 8 u. v. Schwarze N. 6 A. 3.

Mangels jener objektiven Eigenschaft wurde die Urkundenqualität verneint: bei der Bezeichnung der Verpackung einer Waare mit der Firma u. der Handelsniederlassung des Versenders, da dieselbe nicht eine Gedankenäußerung des Inhabers des Namens bzw. der Firma Dritten erkennbar machen solle; **RG.** III 12. März 88 E. **17** 282; btr. der Stempelmarken, die vermöge ihrer rechtlichen Natur als Werthzeichen nur ihre Existenz als solche beweisen und deshalb auch nicht durch den Entwerthungsvermerk zu Urk. werden; **RG.** III 12/19. Nov. 88 E. **18** 286 (s. auch Börne GS. **41** 387 N. 2); btr. der in Gemäßheit des § 23 GebührenO. f. Gerichtsvollzieher vom 24. Juni 1878 ausgestellten Kostennoten, weil dieselben lediglich die Willensäußerung ihres Ausstellers enthaltend nur ihren eigenen Inhalt bestätigten; **RG.** I 4. März 89 E. **19** 62. Vgl. auch das N. 13a cit. **RG.** III 9. Feb. 88, welches ausführt, daß die auf die Abschnitte der Postpacketadressen gesetzten fremden Namen nur ein äußeres, in die Augen fallendes Kennzeichen für eine andere Herkunft als aus der Fabrik des Angeklagten sein, folglich nur als Augenscheinsobjekte wirken sollten.

b) Die nach Obigem erforderliche objektive Eigenschaft bedingt nicht, daß das fragliche Recht aus der Urk. im vollen Umfange hervorgehe, auch nicht, daß dieses wenigstens bezüglich einiger Begriffsmerkmale zutreffe; vielmehr genügt es, wenn die durch die Urk. beglaubigte Thatsache in Verbindung mit anderen Beweisen zu einem Schlusse auf die Entstehung 2c. eines Rechtes berechtigt; nur darf der Inhalt der Urk. nicht blos zufällig als beweisunterstützend zu anderen außerhalb der Urk. liegenden Beweisgründen hinzutreten, weil es dann an dem Erfordernisse der Bestimmung der Urk. zum Beweise von Rechten (s. o. N. 3, 10) fehlen würde. So die GM., insbs.: RG. III 4. Feb. 80, I 31. Jan. 81, II 19. Mai 82, 29. Okt. 84, E. 1 293, 4 3, 6 289, 11 183, Berlin OAG. 14. Feb. 72, Wolfenbüttel 15. Dez. 76, St. 1 236, 7 171. Vgl. jedoch RG. III 20. März 84 E. 10 304, es bedürfe nicht nothwendig der Unterschrift des Ausstellers einer Quittung, um in Verbindung mit der aus dem Besitze der Urk. zu folgernden Aushändigung derselben an den Schuldner einen, wenn auch nicht immer vollen Beweis, für die Thatsache der durch sie bekundeten Erfüllung zu liefern.

16) Es genügt, wenn die Urk., als echte, irgend ein Recht zu beweisen geeignet sein würde, mag auch der Aussteller an dasselbe garnicht gedacht haben, ja selbst zu seinem Beweise gerade nicht haben beitragen wollen und mag andererseits der Beschädigte dasselbe aus der Urk. nicht entnommen haben; RG. I 1. Apr. 89 E. 19 113, 21. Okt. 80, 11. Jan. 86, IV 6. Apr. 86, R. 2 366, 8 30, 262, Geyer 2 101, v. Liszt S. 542. Hieraus ergiebt sich die Nothwendigkeit, die Beweiserheblichkeit objektiv und nicht in Bezug auf bestimmte Personen oder Rechtsverhältnisse, d. h. auf die konkreten Umstände, zu prüfen; so: RG. I 3. Juni 80 E. 2 173, 19. Okt. 82, IV 19. Apr. 87, R. 4 750, 9 250, Berlin 16. Dez. 72, 2. Jan. 73, Dresden 12. Mai 73, O. 13 669, St. 2 199, 3 25; aM.: Fuchs G. 19 667 ff., v. Schwarze N. 11. So ist nach PrRecht ein schriftl. Vertrag bei einem Objekte von 150 M. an nicht blos für das Verhältniß der Kontrahenten untereinander, sondern auch für die Stempelpflichtigkeit erheblich; RG. II 1. Nov. 87 E. 16 262.

17) Die Beweiserheblichkeit einer Urk. kann durch Gesetz, z. B. CPO. § 381 (s. u. N. 18a), positiv bestimmt sein. Es kann aber auch der Grad der Beweiserheblichkeit nach richterlichem Ermessen abzuschätzen sein; vgl. z. B. CPO. § 384 (s. u. N. 19_2); RG. III 9. Feb. 81 E. 4 4, I 16. März 82 R. 4 248.

18) Als beweiserhebliche Privaturk. kommen zunächst Schriftstücke in Betracht, d. h. diejenigen körperlichen Gegenstände, auf welchen Sprachzeichen angebracht sind; Rubo N. 4.

a) Unter diesen nehmen wiederum die erste Stelle ein „die vom Aussteller unterschriebenen oder mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichneten", weil diese nach CPO. § 381 vollen Beweis dafür begründen, daß die in dem Schriftstücke enthaltenen Erklärungen von dem Aussteller abgegeben sind, auch nach § 405 das. die über der echten Unterschrift bzw. dem beglaubigten Handzeichen stehende Schrift die Vermuthung der Echtheit für sich hat.

b) Den zu a bezeichneten Privaturk. stehen diejenigen am nächsten, bei welchen die Unterschrift nicht in einer Urschrift besteht, sondern durch mechanische Vervielfältigung — namentl. Druck, Lithographie, Stempelabdruck, Hektographie — hergestellt ist; auch solchen Schriftstücken fehlt es keineswegs unbedingt an „Beweiserheblichkeit", vielmehr kann solche den Umständen nach sehr wohl anzunehmen sein; so die GM., insbs.: RG. III 20. März 84 E. 10 304 (ausgenommen vielleicht die Fälle, in denen die Unterschrift nicht blos Zeichen für die Genehmigung des Inhalts sei, sondern — wie beim Wechsel — die Feststellung der Echtheit erleichtern solle), IV 11. Dez. 85 E. 13 168, Berlin 12. Juli 71 O. 12 392, Dresden 16. Mai 73, 11. Sept. 76, St. 3 132, 7 174. Auch die Unterklebung einer mit dem Namen des Ausstellers bedruckten Oblate o. Marke kann genügen (RG. III 26. Okt. 85 E. 13 71), dsgl. die Anlegung eines Bleiverschlusses; RG. I 23. Dez. 85, II 1. Feb. 87, E. 13 193, 15 214.

c) Bei dieser Sachlage ist aber die Beweiserheblichkeit auch dann nicht unbedingt zu verneinen, wenn die Unterschrift nicht mechanisch vervielfältigt, sondern eine einfache Abschrift derselben hergestellt wurde; so: Rubo N. 4, v. Schwarze N. 9a, Mommsen GS. 36

56. Wegen der Frage, ob das als eine Umbildung des Aufgabetelegramms sich darstellende Ankunftstelegramm eine Urk. sein könne, vgl. N. 41.

19) Wie bei getroffenem Uebereinkommen die bloße Namensvollziehung, ohne darüber stehenden Inhalt, eine beweiserhebliche Privaturk. sein kann (RG. II 19. Mai 82 E. **6** 289), so ist andererseits die Unterschrift (i. S. der N. 18a, b) unter einem Schriftstücke nicht ein unbedingtes Erforderniß der Beweiserheblichkeit einer Privaturk. Jedenfalls dann nicht, wenn auf Grund der konkreten Sachlage die Person des wirklichen o. angeblichen Ausstellers anderweitig, sei es aus dem Kontexte oder der Ueberschrift des Schriftstückes, sei es aus der Verbindung mit anderen Schriftstücken, sei es aus anderen Umständen (wie z. B. der Privatübereinkunft der Interessenten) erhellt. So die GM., insbs.: RG. III 9. Feb. 81, 20. März 84, II 29. Okt. 84, E. **4** 4, **10** 304, **11** 183, III 1. Juli 82, II 6. Mai, IV 8. Juli 84, R. **4** 660, **6** 356, 529, Dresden 6. März 71, 22. März 72, St. **1** 39, 364. AM. Oppenh. N. 61. Demnach kann auch ein lediglich unterkreuztes Schriftstück eine Urk. darstellen (das cit. RG. 6. Mai 84), dsgl. ein mit einer bloßen Namenschiffer versehenes, wie z. B. ein so gezeichnetes ärztliches Rezept; RG. IV 16. Apr. 89 G. **37** 190 (s. u. N. 21).

Inwiefern der Mangel der Unterschrift die Beweiskraft einer Urk. aufhebe oder mindere, entscheidet das Gericht gemäß CPO. § 384 nach freiem Ermessen, gerade wie bei sonstigen äußeren Mängeln, als Durchstreichungen, Radirungen, Einschaltungen 2c. (s. o. N. 17); RG. I 16. März 82 R. **4** 248 btr. einer mit Bleistift durchkreuzten Quittung.

Wesentlich ist aber (von gesetzlichen Ausnahmsfällen abgesehen; s. u. Abs. 4), daß derjenige, von dessen Willensäußerung das Schriftstück seine rechtliche Bedeutung ableitet, in irgend einer Weise erkennbar sei; Merkel HRl. „Urkflschg." u. HH. **3** 793. Deshalb ist ein Schriftstück, wenn nicht der angebliche Aussteller anderweitig erhellt, keine Urk., falls dasselbe nur mit „für (pro) N. N." gezeichnet ist; denn aus einer solchen Zeichnung ergiebt sich nicht, wer denn derjenige sei, der angeblich sich für berechtigt erachtet hat, für einen Anderen eine rechtserhebliche Thatsache zu bezeugen; Oppenh. N. 63, Mommsen GS. **36** 55. Das Gleiche gilt, wenn der Kontext des Schriftstückes selbst ersichtlich macht, daß der ungenannte Verfasser die Namensunterschrift des Anderen im Auftrage desselben geschrieben hat; RG. I 18. Nov. 82 E. **8** 173.

Anders wenn der Aussteller der Urk. kraft Gesetzes verborgen bleiben soll, wie nach § 10 RTWahlG. v. 31. Mai 1869 der den Stimmzettel Abgebende; hier erhellt die Bestimmung des Wahlzettels zum Beweismittel (N. 14) aus der Niederlegung in die Wahlurne; RG. III 19. Okt. 91 E. **22** 182.

20) Statt der Sprachzeichen kann aber auch ein körperlicher Gegenstand mit Zeichen versehen werden, die „kraft Herkommens oder Vereinbarung" jene zu ersetzen bestimmt sind; Hälschner **2** 533, Rubo N. 4. Insofern nun solche Gegenstände die Bestimmung haben, für rechtserhebliche Thatsachen als Beweismittel zu dienen, und in der That für beweiserheblich zu erachten sind, können auch sie Privaturk. der in Rede stehenden Art sein; so die GM., insbs. RG. III 31. Mai 86 E. **14** 175, allen derartigen symbolischen Beurkundungen sei gemeinsam, daß das durch dieselbe beweiskräftig zu machende konkrete Recht von vornherein feststehe, daß ihnen schon im Augenblicke ihrer Entstehung bzw. ihrer Anwendung die Bestimmung, als Beweismittel für konkrete Rechtsbeziehungen zu dienen, eingeprägt sei; mußte hiernach auch die Urkundenqualität in einem Falle, wo auf Holzhaufen angebrachte Nummern keinen anderen Zweck verfolgten, als die einzelnen Holzhaufen unter sich zu unterscheiden, selbst nach Ausstellung einer die btr. Nrn. tragenden Anweisung verneint werden, (weil das Zahlenzeichen ausschließlich ein die Identität des fr. Haufens sicherndes Unterscheidungsmerkmal blieb), so ist in anderen Fällen der Praxis die Urkqualität angenommen, so von: RG. I 31. Jan. 89 E. **4** 3 (btr. einer mit einer Ziffer versehenen Blechmarke), II 29. Okt. 84 E. **11** 183 (btr. eines nur mit Stückzahlen ausgefüllten, aber nicht unterschriebenen Wochenzettels), III 19. Apr. 88 E. **17** 352 (btr. der Stempelung einer Waare auf Grund eines Vertrages, dem zufolge nur die abgestempelte Waare zur definitiven Lieferung geeignet sein sollte), Berlin 9. Sept. 74 (btr. Gedingstufe im Bergwerk), 13. Dez. 73 (btr. Anschlag mit dem Waldhammer; aM. jedoch Wolfenbüttel 18. Mai 72 St. **2** 200), St. **4** 194, **2** 237.

21) In der Praxis ist als eine für Rechte ꝛc. beweiserhebliche Privaturkunde I. angesehen worden:

a. ein Frachtbrief; RG. III 18. Dez. 80 E. **3** 169; und zwar auch schon vor Uebergabe an den Frachtführer bzw. vor Aufdrückung des Expeditionsstempels; RG. I 11. Jan. 86 R. **7** 30;

b. eine von einem gerichtlichen Dolmetscher für einen Privaten angefertigte Uebersetzung eines ausl. Geburtsscheines; RG. II 29. Nov. 81 E. **5** 255;

c. die Einzeichnungen von Beiträgen und die Bemerke über erfolgte Zahlungen seitens der Geber in eine Sammelliste: RG. I 3. Juli 82 R. **4** 670, Berlin 20. Jan. 75 St. **5** 124;

d. die Angabe des Werthanschlages des Pfandgegenstandes in dem Pfandscheine; RG. I 19. Okt. 82 E. **7** 422; die in Bayern von einem gerichtl. verpflichteten Hypothekenschätzer über den Werth von Liegenschaften behufs hypothek. Sicherung einer Forderung abgegebene schriftl. Erklärung; RG. I 26. Nov. 85 E. **13** 112;

e. ein in der Absicht, zu schaden, falsche Nachrichten mittheilender Privatbrief; ROHG. 1. Dez. 76 Entsch. **21** 351;

f. ein mit einer Adresse versehenes Post-Briefkuvert; RG. III 16. März 85 E. **12** 170;

g. Grundakten in allen ihren Theilen; RG. III 10. Mai 82 R. **4** 470; die einzelnen beweisenden Schriftstücke (Verhandlungen, Registraturen ꝛc.) in den Akten des Gerichtes oder eines Rechtsanwaltes; Dresden 23. Feb. 74, 13. März 76, St. **5** 106, **6** 219;

h. ein präjudizirter Wechsel; RG II 5. Feb. 84 R. **6** 89;

i. ein Reklamationsgesuch um Zurückstellung vom Militärdienst; RG. IV 23. Sept. 84 R. **6** 558;

k. eine schriftliche Ladung i. S. der CPO.; RG. IV 19. März 86 E. **14** 1;

l. eine schriftliche geschäftliche Empfehlung eines Kreditsuchenden; RG. I 19. Apr. 86 R. **8** 298;

m. ein von einem zur Ausstellung öffentl. Urk. über Geburten ꝛc. gemäß PersonenstandsG. § 73 nicht befugten (linksrhein.) Geistlichen ausgestellter Taufschein; RG. IV 19. Apr. 87 R. **9** 250;

n. eine Rechnung; RG. I 5. März 88 R. **10** 205, IV 9. Juni 91 G. **39** 229;

o. ein ärztliches Rezept, insbs. auch dann, wenn die Person des ordinirenden Arztes nicht den Bestimmungen der PrApothekerO. v. 11. Okt. 1801 § 2a gemäß mit vollem Namen unterzeichnet ist; RG. II 12. Okt. 88 E. **18** 149, IV 16. Apr. 89 G. **37** 190 (N. 19_1);

p. die schriftliche Erklärung des Vaters, daß er zu dem Gesindedienste seines minderjährigen Kindes die Genehmigung ertheile (nach PrR.); RG. II 8. Juli 90 E. **21** 56;

q. eine von den Eltern ausgestellte Bescheinigung btr. Entschuldigung wg. Schulversäumniß eines schulpfl. Kindes; RG. IV 28. Nov. 90 G. **21** 187;

II. nicht erachtet worden ein schriftliches unbeschworenes Privatzeugniß; RG. III 8. Apr. 89 E. **19** 174, 3. Feb. 92 E. **39** 426.

22) Das Urtheil darüber, ob eine Privaturk. für den Beweis von Rechten o. Rechtsverhältnissen erheblich sei, gebührt dem Richter der Schuldfrage; es genügt deshalb im schwurgerichtl. Verfahren beispielsweise nicht, daß die Urk. in der Frage als „Wechsel" bezeichnet wird; RG. II 28. Juni 81 E. **4** 341.

Die äußere Handlung. N. 23—44.

23) Das Gesetz erfordert zum Thatbestande der Urkflschg. aus § 267 eine aus zwei Akten sich zusammensetzende Handlung: die Herstellung eines falschen urkundlichen Beweismittels und das Gebrauchmachen von demselben zum Zwecke der Täuschung. Beide Einzelhdlgen haben somit die Urk., als Beweismittel, zum Gegenstand und nur insofern sie die Urk. in dieser Eigenschaft betreffen, ist ein legislatorisches Interesse für vorliegend erachtet, sie in ihrer Zusammenfassung zum Thatbestande eines eigenthümlichen Deliktes zu erheben; RG. III 28. Feb. 80, 5. Feb. 81, E. **1** 230, **3** 337. Von jener Eigenschaft abgesehen, kann eine Urk. der im § 267 bezeichneten Art, wie jeder andere körperliche Gegenstand und wie namentl. auch jede nicht unter § 267 fallende Urk., je nach Umständen Objekt oder Mittel einer strafb. Hdlg. anderer Art, insbs. eines Betruges, sein.

Mit Rücksicht darauf, daß die Thätigkeit des Handelnden bei der Urkflsch. in mehrere Einzelakte zerfällt, ist die Urkflschg. als im Gebiete des DR. begangen anzusehen, sobald auch

nur einer der Einzelakte, also namentl. die Herstellung des falschen Beweismittels, ganz oder theilweise daselbst vorgenommen wurde; der vollendende Schlußakt, das Gebrauchmachen, ist, trotzdem in ihm das Schwergewicht des Deliktes zu finden (N. 43), keineswegs allein maßgebend (vgl. § 3 N. 3); aM. Oppenh. N. 22.

24) Die Herstellung eines falschen urkundlichen Beweismittels (vgl. Weismann ZfStRW. **11** 28ff.) erfolgt entweder durch „Verfälschung einer echten Urkunde" (N. 25—29) oder durch „fälschliche Anfertigung einer unechten Urkunde" (N. 30 bis 34). Dieser letzteren Art wird im § 269 die daselbst bezeichnete Hdlg. gleichgestellt.

25) „Verfälschen" (§ 367[7]) setzt begrifflich ein „echtes Objekt" voraus; denn es heißt „etwas Wahres, Echtes falsch machen". Demgemäß bildet eine echte Urk. die nothwendige Voraussetzung dieses Mischthatbestandes der Urkflschg.; ist sonach die Verfälschung einer unechten Urk. nicht möglich, so kann bennoch eine bereits einmal verfälschte echte Urk. weiterhin Gegenstand einer neuen Verfälschung sein. So: RG. II 8. Apr. 81 E. **4** 69, Berner S. 581, Hälschner **2** 536, Merkel HH. **3** 792, Rüd-St. N. 22. AM.: Oppenh. N. 9, Weismann ZfStRW. **11** 45 N. 116, auch H. Meyer S. 934, insofern er die Verfälschung einer falschen Urk. als Herstellung einer falchen Urk. ansieht.

Bezüglich der weiteren Verfälschung einer bereits einmal verfälschten echten Urk. ist zwar selbstverständliche Voraussetzung, daß dieser nach der ersten Verfälschung noch Urkundenqualität geblieben sei; Berner aO. Denn anderenfalls würde die mit der Urk. zunächst vorgenommene Hdlg. nicht als Fälschung sich qualifiziren, da diese der btr. Urk. immer den Schein einer echten Urk. lassen muß (Merkel HRl. „Urkflschg."), sondern es würde die Urk. als solche vernichtet worden sein.

26) Eine „echte" Urk. (§ 363[2]) ist eine solche, welche von demjenigen herrührt, der in der Urk. als Aussteller sich bezeichnet (vgl. RG. II 8. Apr. 81 E. **4** 69) oder bei einer den Namen des Ausstellers nicht enthaltenden Urk. (N. 19, 20) durch die Umstände als solcher bezeichnet wird.

Speziell die Schriftstücke btr., so ist hiernach Voraussetzung der Echtheit: bei einer öffentlichen Urkunde (N. 5), daß sie von der Person des Beamten bzw. der Urkundsperson, welche als Vollzieher der Urk. sich darstellt, auch selbst unterschrieben sei, da jene ihre im öffentl. Rechte beruhenden Befugnisse nicht willkürlich delegiren kann (RG. II 8. Apr., 8. Nov. 81, E. **4** 69, **5** 151, I 29. Juni 85 R. **7** 438), bei einer Privaturkunde, daß dieselbe errichtet sei entweder von demjenigen selbst, der als Aussteller sich bezeichnet, oder von einem in gehöriger Weise Bevollmächtigten desselben.

In letzterer Beziehung kommen die Vorschriften des einschlagenden Civilrechts in Betracht. Während nach SächsCivilr. zur Namensvollziehung stets eine formlose (mündliche) Ermächtigung genügt, ist z. B. nach PrALR. I 13 § 8 für die Stellvertretung bei Rechtsgeschäften eine schriftliche Vollmacht erforderlich, derartig daß insbs. ein Wechsel (wenn dessen Ausstellung nicht ein Handelsgeschäft ist) dann als eine echte Urk. nicht anzusehen ist, falls die Vollziehung einer Unterschrift auf demselben durch einen Dritten ohne schriftliche Vollmacht, obschon mit Zustimmung des Namensträgers, geschah; so: das cit. RG. 8. Nov. 81, Merkel HH. **3** 795 N. 10, H. Meyer S. 936 N. 38, v. Schwarze N. 18; aM. Oppenh. N. 18, der mit der überwiegenden Meinung „fälschlich" identifizirt mit „ohne Willen des Namensträgers". Allein die Zustimmung des Namensträgers kann nicht unbedingt maßgebend sein; denn von ihr hängt die Rechtsverbindlichkeit der Unterschrift nicht ausschließlich ab und auch andere Personen, außer dem Namensträger selbst, können daran, daß die Unterschrift „echt und recht" d. h. rechtsgültig sei, ein Interesse haben, so daß der Gesichtspunkt des „öffentlichen" Interesses an der Rechtsverbindlichkeit des Beweismittels vorwaltet (s. auch N. 31, 47 III b); so RG. I 14. Nov. 87, 18. Feb. 92, E. **16** 325, **22** 377, der mit falschem Namen Unterzeichnende könne auf die von dem Namensträger hierzu ertheilte Ermächtigung sich nicht berufen, wenn die Anfertgg. u. der Gebrauch der Urk. überhaupt in unberechtigter Weise zur Täuschung Anderer erfolgt sei.

27) Die Verfälschung einer echten Urk. erfordert zunächst eine Veränderung der letzteren in der Weise, daß das Verständniß ihres ursprünglichen Inhalts beeinträchtigt

wird, gleichgültig, ob die Veränderung objektiv der Wahrheit entspricht oder nicht; so die GM., insbs. **RG.** I 17. Jan., III 14. Dez. 81, E. 3 324, 5 259; aM. lediglich Rubo N. 9, der das Wesen der Verfälschung darin findet, daß der Inhalt der Urk. zu einem unwahren gestaltet werde. Wenn übrigens eine Rechnung und ein darauf bezüglicher Quittungsvermerk auf demselben Blatte stehen, so kann jene Rechnung zusammen mit letzterem als beweiserhebliche Quittungsurkunde angesehen werden, derartig, daß die Fälschung der ersteren allein als eine Verfälschung des Ganzen sich darstellt; **RG.** IV 11. Okt. 89 E. 19 403. Aehnlich hat **RG.** IV 25. Okt. 89 E. 20 6 in der Beseitigung eines Außerkurssetzungsvermerkes, dessen Qualität als für sich bestehende Urk. zu verneinen sei, eine Verfälschung des außer Kurs gesetzten Inhaberpapiers gesehen. Andererseits liegt ein „Verfälschen" nicht vor, wenn auf der Rückseite einer Urk. ein Vermerk niedergeschrieben und mit selbständiger Unterschrift versehen wird; **RG.** II 28. Dez. 89 G. 37 436.

Aus Obigem ergiebt sich, daß der Urk. durch die Veränderung die Bedeutung eines Beweismittels über eine rechtserhebliche Thatsache verliehen worden sein muß, zu deren Beglaubigung sie ursprünglich nicht bestimmt war. Es muß also die Veränderung einen wesentlichen Bestandtheil der Urk. betreffen; sie selbst muß für Rechte zc., d. h. für die Entstehung, Erhaltung, Aenderung oder Aufhebung derselben beweiserheblich sein, darf also den Urkundencharakter nicht aufheben; das Resultat muß sonach sein, daß rechtserhebliche Thatsachen in irgend welchem Umfange anders beurkundet erscheinen, als zufolge der nicht verfälschten Urk. So die GM., insbs.: **RG.** II 4. März 81 E. 3 370, III 14. Dez. 81 (s. o.), IV 19. Sept. 84 R. 6 552, Berlin 5. Mai 74, München 30. Mai 76, St. 4 61, 6 345. Dagegen ist nicht erforderlich, daß die Aenderung einen Punkt betrifft, der für dasjenige Rechtsverhältniß von Erheblichkeit ist, zu dessen Nachweis die Urk. bestimmt war (vgl. N. 39); **RG.** II 10. Nov. 91 G. 39 522.

Eine derartige Abänderung kann auch dann angenommen werden, wenn in der echten Urk. ein Betrag in Ziffern und Buchstaben geschrieben ist, die Aenderung aber nur die Ziffer betrifft; **RG.** I 16. März 82 R. 4 248, II 20. Dez. 89 G. 37 435. Eine Verfälschung würde nur unter der Voraussetzung zu verneinen sein, wenn auf Grund besonderer Vorschrift, z. B. des in jenem Falle nicht maßgebenden Art. 5_1 der WO., die Ziffer neben der geschriebenen Summe rechtlich nicht in Betracht kommt, weil es alsdann an einer rechtlich relevanten Abänderung fehlt; Berner S. 581. So verneinte das cit. **RG.** 19. Sept. 84 Urkflschg. in einem Falle, wo auf einem Eisenbahnretourbillete das Datum „11. 11. 83" abgeändert war in „11. 14. 83".

Die Verfälschung der Unterschrift macht übrigens die ganze Urk. zu einer unechten und ist deshalb als fälschliche Anfertigung anzusehen; so Berner S. 581; aM. Hälschner 2 536.

28) Speziell ein urkundliches Schriftstück kann verfälscht werden: a. durch Zusatz neuer Schriftzeichen, b. durch Abänderung, Unkenntlichmachung o. Tilgung der bestehenden Schriftzeichen, oder c. durch eine Kombinirung dieser Arten.

a) Als praktischer Fall der Verfälschung durch Zusatz von Schriftzeichen sei hervorgehoben die Beifügung eines Domizilvermerkes auf einem Wechselformulare mit Blankounterschrift des Ausstellers und Blankoaccept, nach Präsentation des vollständigen Wechsels an den Acceptanten, weil dann (Mangels eines anderen Vertragswillens) der Verbrauch der ertheilten Ermächtigung gegenüber dem Aussteller vorliegt; **RG.** II 20. Sept 81 E. 4 410; — auf einem in üblicher Weise hergestellten Wechsel nach ertheiltem Accept ohne Wissen und Willen des Wechselverpflichteten; München 11. Feb. 78 St. 8 241.

b) Die Tilgung der bestehenden Schriftzeichen kann namentl. auch erfolgen durch Abtrennung eines Theiles der Schrift; vgl. z. B. **RG.** II 4. März 81 E. 3 370 btr. Verfälschung einer über eine Abschlagzahlung ausgestellten Quittung theilweise durch Herausreißen, theilweise durch Unkenntlichmachen der auf die Restschuld bezüglichen Theile; ferner Berlin 11. Juni 73 O. 14 417 btr. Verfälschung eines Wechsels durch Abschneiden des den Domizilvermerk enthaltenden Theiles.

c) Eine Kombinirung beider Arten liegt namentl. auch in dem Falle vor, wenn der gesammte Text abgeschnitten und auf den freien Raum über der Unterschrift ein neuer

urkundlicher Inhalt gesetzt wird; es liegt hier weder „fälschliche Anfertigung" vor (so jedoch Weismann ZfStRW. 11 44 N. 116), noch der Fall des § 269 (das. N. 3).

29) Eine Veränderung der in den N. 27 f. charakterisirten Art ist aber nur dann eine Verfälschung der Urk., wenn sie unberechtigt geschah; der befugt Aendernde ist kein Fälscher; RG. I 17. Jan., III 14. Dez. 81, E. 3 324, 5 259, Berner S. 581, Merkel HRl. „Urkflschg." u. HH. 3 792, Oppenh. N. 11. Wer über eine Urk. zu disponiren berechtigt ist, (was übrigens keineswegs mit rechtl. Nothwendigkeit aus dem Eigenthum u. Besitz an der fr. Urk. folgt; RG. II 14. März 90, IV 9. Juni 91, G. 38 59, 39 229 btr. der ausgehändigten Abschrift einer Zustellungsurkunde bzw. einer übersandten Rechnung; s. andererseits u. b) hat auch die Befugniß, dieselbe zu verändern; deshalb wurde Verfälschung I. verneint:

a. bei Veränderungen der eigenen, einseitigen Urkunden des Aendernden, so namentlich seitens eines Kaufmannes in seinen Handelsbüchern, seitens eines Lotterieeinnehmers in einem sog. Loosebuch; RG. I 23. Jan. 82 E. 5 430, III 21., IV 29. Juni 86, R. 8 470, 504, Berlin 13. Sept., 19. Okt. 76, O. 17 554, 681, (gegenüber den öffentlich-rechtl. Vorschriften des HGB. btr. die ordnungsmäßige Führung von Handelsbüchern erscheint diese Ansicht höchst bedenklich; gegen dieselbe auch ORA. zu RG. III 21. Juni 86, ferner Hälschner 2 542 N. 2, Merkel HH. 3 793 u. John ZfStRW. 4 50, dieser speziell gegen RG. 23. Jan. 82, ferner Weismann ebenda 11 73);

b. bei Verfälschung einer ihm selbst gehörigen und in seinem Besitze befindlichen, im Strafverfahren zu verwerthenden Urk. seitens des Angekl.; RG. III 1. Mai 80 E. 2 33 (s. übrigens u. N. 48a);

c. bei Veränderung einer fremden Privaturk. im Einverständniß mit derjenigen Person, welche an derselben allein ein Interesse hat; so das cit. RG. 14. Dez. 81;

II. dagegen bejaht von RG. (und zwar weil es um bereits erworbene fiskalische bzw. staatliche Rechte sich handele) bei Eintragung eines Braualtes in das von der Steuerbehörde dem durch Fixationsvertrag fixirten Brauer gelieferte Brauregister nach Beifügung des amtl. Revisionsvermerkes; III 20. Dez. 83 E. 10 11; bei Aenderung einer Vertragsurk. zur Abänderung einer vermeintlich verwirkten Stempelstrafe, selbst bei Zustimmung des Mitkontrahenten; II 1. Nov. 87 E. 16 262; bei Fälschung eines nach einer RegierungsPolV. zur Abwendung von Trichinengefahr zu führenden Fleischbuches nach Beifügung des Vermerkes des Fleischbeschauers; IV 5. Apr. 89 G. 37 193.

30) Die „fälschliche Anfertigung einer Urkunde" besteht in der Herstellung einer „falschen" Urk. (weshalb § 363 im gleichen S. richtiger von „falscher Anfertigung" spricht; Sontag G. 19 294) mit dem Scheine der Echtheit (N. 26), also darin, daß einer Urk. der Schein verliehen wird, als sei sie von einem Anderen ausgestellt worden als von demjenigen, welcher sie wirklich ausgestellt hat. Dieser Schein liegt auch vor, trotz Gebrauchs eines echten Stempels (N. 18b), wenn derselbe vom Thäter ohne Wissen u. Willen des Betreffenden, auf dessen Namen er angefertigt ist (RG. I 12. Jan. 85 E. 12 17), bzw. trotz Gebrauchs einer echten Plombe (N. 81e), wenn dieselbe nach Abtrennung von einem zollamtl. Waarenverschlusse zur Nachahmung eines solchen Verschlusses bei anderen Waaren (RG. II 1. Feb. 87 E. 15 214) verwendet wird.

Eine fälschlich angefertigte Urk. will demnach nicht über den Inhalt täuschen, sondern den Schein hervorrufen, als wäre sie von einem Berechtigten ausgestellt; deshalb kann der Thatbestand einer Urkfälschung auch dann vorliegen, wenn die Aenderung der Urk. in der Absicht vorgenommen wird, eine in derselben enthaltene unrichtige Angabe in eine richtige umzuändern; RG. IV 11. Feb. 90 G. 38 46. Ob der Inhalt der Urk. richtig oder unrichtig, ist folgeweise für den Thatbestand des § 267 ganz gleichgültig; freilich kommen für die öffentlichen Urk. in dieser Beziehung die §§ 271, 278 in Betracht, während die sog. intellektuelle Fälschung einer Privaturk. straflos ist. So die GM., insbs.: RG. I 9. Mai 81, 31. März 84, III 14. Dez. 81, 1. Feb. 82, 5/12. März 83, II 1. Feb. 84, E. 4 157, 10 273, 5 259, 410, 8 187, 10 68, II 30. Juni 82, III 2. Apr. 83, IV 18. Feb. 87, R. 4 655, 5 210, 9 148, Stuttgart 15. Nov. 72, Berlin 7. Dez. 76, St. 2 198, 7 177. AM.: Oppenh. N. 49 btr. der öffentl. Urk., Rubo N. 10, der als „fälschliche Anfertigung" einer Urkunde die „Herstellung einer

solchen Urkunde, deren Inhalt Unwahres enthält" bezeichnet; so sachlich auch John ZfStRW. **6** 62 N. 15.

31) Der nach N. 30 erforderliche Anschein der Echtheit bedingt keineswegs die Aehnlichkeit des Namenszuges mit demjenigen des angeblichen Ausstellers; Merkel HH. **3** 795, Oppenh. N. 20. Es ist überhaupt nicht einmal nothwendig, daß eine Person mit dem Namen des angeblichen Ausstellers existire bzw. noch existire oder nachweisbar sei; denn trotzdem ruft eine unechte Unterschrift jenen Anschein hervor und der Umstand, daß der Mißbrauch des Namens einer bestimmten Person nicht vorliegt, ist gleichgültig, da die Gefährdung des öffentl. Interesses durch Herstellung eines für den Rechtsverkehr wichtigen Beglaubigungsmittels der entscheidende Gesichtspunkt ist (vgl. auch die Motive sowie o. N. 26_3). So die GM., insbs.: RG. I 3. Okt. 81, 26. Jan. 82, R. **3** 577, **4** 74, (btr. Ausstellung eines Schuldscheines bzw. der Acceptation eines Wechsels unter fingirtem Namen), III 5/12. März 83 E. **8** 187, Berlin 13. Jan. 76, 1. Apr. 79, O. **17** 28, **20** 172. AM. Merkel HH. **3** 795, bei der öffentl. Urk. sei zwar nur zu verlangen, daß sie auf eine wirklich existirende und zur Ausstellung der betreffenden Urk. kompetente Behörde, bei der Privaturk. dagegen, daß sie auf eine wirklich existirende Persönlichkeit hinweise.

32) Der Schein, als sei eine Urk. von einem Anderen ausgestellt als von demjenigen, welcher sie wirklich ausgestellt hat, kann unter Umständen auch vorliegen, wenn der Aussteller mit seinem richtigen Namen unterzeichnet; Hälschner **2** 537.

So zunächst, wenn der Aussteller seinem Namen Bezeichnungen hinzufügt, die ihn als eine andere, wirklich existirende o. nur fingirte, Persönlichkeit erscheinen lassen, als er wirklich ist; so wurde fälschliche Anfertigung einer Urk. angenommen bei Unterzeichnung eines Vertrages mit richtigem Vor- u. Zunamen, jedoch unter Beifügung der unrichtigen Qualifikation „Vertreter der Firma N. N."; München 30. Juli 78 St. **8** 237.

So ferner bei Unterzeichnung mit dem richtigen Namen, ohne jeden falschen Zusatz, in Fällen, wo der Inhalt der Urk. bzw. ihres Relatums auf einen bestimmten, mit dem Unterzeichner jedoch nicht identischen Aussteller hinweist; beispielsweise wurde „fälschliche Anfertigung" angenommen bei Acceptation eines seiner Adresse nach auf den Vater gezogenen Wechsels seitens des gleichnamigen Sohnes (RG. I 9. Mai 81 E. **4** 157), bzw. bei Unterzeichnung mit einem anderen Vornamen als dem Rufnamen (RG. II 15. Dez. 85 E. **13** 171), bzw. bei Acceptation eines auf den „Bauergutsbesitzer N. N." gezogenen Wechsels seitens des N. N., der zwar früher Bauergutsbesitzer gewesen, jetzt aber Tagearbeiter war; Berlin 22. Juni 76 O. **17** 453.

33) Für die Frage, ob objektiv die „fälschliche Anfertigung einer Urk." vorliege, ist selbstverständlich der Umstand, daß der Aussteller den falschen — existirenden oder fingirten — Namen dem Empfänger der Urk. gegenüber schon vorher angenommen hatte, völlig gleichgültig (vgl. jedoch wegen des Gebrauchmachens zum Zwecke der Täuschung u. N. 38_2); RG. I 3. Okt. 81 R. **3** 577, Berlin 1. Apr. 79 O. **12** 172.

Umgekehrt ist ebenfalls gleichgültig, daß der den falschen Namen Unterzeichnende für eine andere Person, als er wirklich ist, sich garnicht ausgegeben hat; Dresden 6. Feb. 74 St. **4** 188 (zwei Brüder hatten an einer Stelle zusammen gearbeitet; der eine derselben behauptete beim Abholen der Löhnung, den Vornamen zu haben, der in Wahrheit seinem Bruder zukam, und quittirte mit dem falschen Vornamen über den Empfang der dem Bruder zustehenden Löhnung).

34) Aus dem oben N. 30 hervorgehobenen Gesichtspunkte, daß die Unrichtigkeit des Inhaltes der Urk. für den Begriff der „fälschlichen Anfertigung" nicht ins Gewicht falle, hat die Praxis eine solche beispielsweise verneint: bei Ziehung eines Wechsels (sog. Kellerwechsels) auf eine nicht existirende Person; RG. I 26. Jan. 82 R. **4** 74; bei Erschleichung einer Unterschrift durch Täuschung des Unterzeichnenden über den Inhalt derselben, so daß jener also eine Urkunde mit nicht gewolltem Inhalte vollzieht, z. B. einen Wechsel über 1100, statt über 100 M. acceptirt; so die GM., insbs. RG. III 1. Feb. 82 E. **5** 410 (aM. Oppenh. N. 17); bei Eintragung unrichtiger Schießresultate in ein unter eigenem Namen geführtes militär. Schießprotokoll; RG. I 31. März 84 E. **10** 273; bei Anfertigung eines Kassations-

vermerkes mit unrichtigem Datum auf einem verwendeten Wechselstempel; **RG.** IV 18. Feb. 87 R. **9** 148; bei materiell unrichtigen Registraturen in den Handakten eines Rechtsanwaltes bzw. Eintragungen in die Handelsbücher; so die GA., insbs. Dresden 23. Feb., 22. Juni 74, St. **5** 106, 122.

Hierher gehört auch der Fall, wenn durch einen der Unterschrift beigefügten Zusatz dem Unterzeichnenden eine ihm zukommende Eigenschaft beigelegt wird, sofern nur der falsche Zusatz nicht „eine Fälschung der Autorschaft" enthält (Berner S. 582; s. o. N. 32), sondern den Umständen nach keine andere Bedeutung hat, als wenn im Kontexte selbst die Thatsache verlautbart wäre, daß dem Unterschreibenden die fragliche Eigenschaft, z. B. als Vormund, zukomme; **RG.** III 14. Dez. 81 E **5** 259.

35) Das „Gebrauchmachen" von einer falschen o. verfälschten Urk. „zum Zwecke der Täuschung" (N. 35—42; vgl. Weismann ZfStRW. **11** 46 ff.) erfordert subjektiv wegen der letzteren hervorgehobenen Worte, daß der Thäter die Urk. zur Kenntniß des zu Täuschenden bringen wolle, objektiv, daß dem letzteren die sinnliche Wahrnehmung (meist, aber nicht nothwendig, durch den Gesichtssinn — hier nöthigenfalls, wie bei Blinden, durch Dritte vermittelt —, möglicherweise, wie beim Kerbholz, auch durch den Tastsinn) ermöglicht sei; letzteres ist nothwendig, damit ein das Delikt vollendender Gebrauch vorliege, dagegen nicht, daß in Wirklichkeit eine sinnliche Wahrnehmung der Urk. seitens eines Dritten bereits stattgefunden habe; es wird dieses weder durch den Sprachgebrauch, noch durch einen inneren Grund erfordert; so: Hälschner **2** 546, Merkel HH. **3** 798, **4** 448, Rüd.-St. N. 28, v. Schwarze N. 34, G. **22** 4 u. SächsGZ. **25** 23, namentl. jetzt aber **RG.** II 25. Juni 86 E. **14** 242 (welches III 28. Feb., 31. März 80, E. **1** 230, R. **1** 513 für entgegenstehend nicht erachtet) und seitdem in zahlreichen Einzelanwendungen alle Senate, insbs. I 11. März, 8. Apr. 89, E. **19** 71, 215, II 9. März 88 R. **10** 233, III 27. Juni 87 E. **16** 228 (auch wohl schon 30. Sept. 82 E. **7** 53), IV 10. Dez. 86 E. **15** 110, 5. Juli 89 G. **37** 205; aM.: v. Liszt S. 544, H. Meyer S. 938. Im Einzelnen ist demgemäß ein Gebrauchmachen z. Z. d. T. gefunden worden: in der Mittheilung an den Civilprozeßrichter, daß die Urk. durch Einforderung der Strafakten zu erlangen sei, weil sie dadurch auch dem zu täuschenden Prozeßrichter zugänglich geworden (cit. II 25. Juni 86); in der Einreichung einer Abschrift der verfälschten Urk. bei dem Prozeßrichter unter gleichzeitiger Zugänglichmachung des Originals für denselben (cit. III 27. Juni 87); in der Ueberreichung der gefälschten Urk. zu den Strafakten, weil der zu täuschende Strafrichter hierdurch in die Lage gesetzt werde, davon Kentniß zu nehmen (cit. II 9. März 88); in der Aufbewahrung einer gefälschten Grundstückstaxe seitens des Agenten einer Versicherungsgesellschaft in den Akten verbunden mit einer Hinweisung der Direktion auf das Vorhandensein derselben (cit. IV 5. Juli 89); in dem Zurücklegen eines Sparkassenbuches nach Abhebung auf Grund desselben u. Verfälschung behufs Verdeckung der Auszahlung an den früheren Aufbewahrungsort (cit. I 11. März 89); in dem Verlesen der Urk. (cit. IV 10. Dez. 86)); dagegen ein Gebrauchmachen z. Z. d. T. in einem Fall verneint, wo die StAschaft selbst durch Beschlagnahme in Besitz u. Kenntniß der gefälschten Schriftstücke sich gesetzt hatte (cit. I 8. Apr. 89), dann aber in Fällen, wo eine bloße Bezugnahme auf die Urk., ohne Zugänglichmachung stattgefunden hatte; denn die Urk. selbst muß das Mittel sein, durch welches die Täuschung herbeigeführt wird (cit. IV 5. Juli 89). Bei dieser negativen Voraussetzung kann auch die Bezugnahme auf die Urk. unter Ueberreichung einer einfachen Abschrift (wenn sie nicht selbst eine Urk. ist; so o. N. 18c) bzw. eines Abdruckes derselben ein Gebrauchmachen nicht darstellen; Dresden 9. Feb. 74, 7. Apr. 76, St. **5** 105, **7** 168. Ebensowenig ist das bloße Anerbieten, die Urk. zur Einsicht vorzulegen, ein Gebrauchmachen von derselben; **RG.** III 29. Apr. 86 R. **8** 319. Mit Recht wurde dagegen in der Bezugnahme auf eine bereits früher produzirte u. in den Händen des zu Täuschenden befindliche Urk. ein Gebrauchmachen z. Z. d. T. gesehen; Dresden 4. Mai 74 St. **5** 132.

36) Daß für das Gebrauchmachen z. Z. d. T. die Unmittelbarkeit der Hdlg. kein wesentliches Erforderniß ist, folgt schon aus dem in N. 35 Bemerkten; da das Gesetz hinsichtlich der Art des Gebrauchmachens keine Bestimmung getroffen hat (**RG.** I 8. Apr. 89 E.

19 215), so erfüllt namentl. auch ein Gebrauchmachen durch eine Mittelsperson, sei es eine vom Sachverhältnisse unterrichtete, sei es eine gutgläubige, den Thatbestand. Im ersteren Falle (vgl: **RG.** III 28. Feb. 80, 29. Apr. 86, **E. 1** 230, R. **8** 319, II 4. Dez. 83 R. **5** 755, Mannheim 30. März 72 St. **1** 295) liegt in der Uebergabe an die unterrichtete Person noch nicht das vom Gesetze verlangte Gebrauchmachen, im letzteren Falle (vgl.: **RG.** II 10. Feb. 82, III 27. Juni 87, **E. 5** 437, **16** 228, Berlin 14. Juni 73 O. **14** 424, Dresden 24. Mai 72, 25. Juli 73, 5. Nov. 77, St. **1** 378, **3** 133, 8 238, München 5. Aug. 76 St. **6** 343), wie z. B. bei Uebergabe an einen Rechtsanwalt behufs Benutzung gegenüber der Gegenpartei bzw. dem Prozeßrichter, insbs. durch Anfertigung einer Abschrift als Anlage der Klage, unterliegt es der thatsächlichen Beurtheilung, ob auch eine Täuschung dieser Mittelsperson seitens des Thäters beabsichtigt wurde.

37) „Ein Gebrauch von einer Urkunde" i. S. des § 267 liegt nur dann vor, wenn von dem die Urk. bildenden körperlichen Gegenstande gerade in seiner Eigenschaft „als Urkunde" Gebrauch gemacht wird; der Thäter muß durch die der Urk., anscheinend, innewohnende Beweiskraft auf einen Anderen wirken wollen. Eine Benutzung des Gegenstandes in einer anderen Eigenschaft reicht deshalb selbst dann nicht aus, wenn der Zweck der Täuschung, z. B. über den paläographischen Werth der Urk., damit verfolgt wird; denn die Kriminalisirung des im § 267 aufgestellten Thatbestandes beruht auf der Absicht des Gesetzgebers, die urkundlichen Beglaubigungsmittel vor Mißbrauch zu schützen; so die GM., insbs. **RG.** III 5. Feb. 81, 9. Feb. 88, **E. 3** 337, **17** 141 (s. auch N. 38).

38) „Zum Zwecke der Täuschung" (vgl. Weismann ZfStRW. **11** 79 ff.) muß das Gebrauchmachen von der Urk. geschehen, d. h. um bei demjenigen, welchem gegenüber der Gebrauch erfolgt, zu täuschen sowohl über die Echtheit der Urk., als auch über deren Eigenschaft als ein geeignetes Beweismittel für die aus ihrem Inhalte sich ergebenden rechtserheblichen Thatsachen. So die GM., insbs. **RG.** II 10. Feb. 82 **E. 5** 437 u. das N. 37 aE. cit. III 9. Feb. 88 (mit dem Hinweis, daß letzteres z. B. beim Verkauf an einen Autographensammler fehle). AM. Rubo N. 11, es sei nicht nothwendig, daß der Zweck der Täuschung irgendwie die gefälschte Urk. betreffe.

Mit Recht nimmt die GM. (vgl. jedoch Pfizer Anti-Seuffert S. 432 f.) an, daß, wie im § 263, der „Erregung" eines Irrthums die Unterhaltung eines solchen gleichstehe, so daß ein Gebrauchmachen „zum Zwecke der Täuschung" namentl. auch dann vorliege, wenn ein durch mündliche Vorspiegelungen erregter Irrthum aufrechterhalten, die Täuschung also „wiederholt" werden soll; so insbs.: **RG.** I 3. Okt. 81 R. **3** 577, III 11. Jan. 86 **E. 13** 245, Dresden 17. Nov. 73, 6. Feb., 4. Mai 74, St. **3** 374, **4** 188, **5** 132, auch Berlin 1. Apr. 79 O. **20** 172, die Täuschung habe in dem Gebrauche der falschen Urk. „gegipfelt".

Aus dem Vorstehenden ergiebt sich auch, daß das „Täuschenwollen durch die Urk." dadurch nicht aufgehoben wird, daß der Thäter neben der Urk. noch weitere Mittel in Bewegung setzt, um desto sicherer zu täuschen; **RG.** I 16. März 82 R. **4** 248, Oppenh. N. 28.

Jener Zweck kann übrigens endlich auch dann verfolgt werden, wenn einerseits der Gebrauch der Urk. kein völlig spontaner ist, sondern z. B. zur Genügung einer „Editionspflicht" o. einer sonstigen gesetzl. Pflicht geschieht (**RG.** III 18. Dez. 80, I 25. Juni 91, **E. 3** 169, **22** 90), andererseits der Gebrauchmachende ein eigenes persönliches Interesse nicht verfolgt, sondern lediglich den Vortheil eines Anderen im Auge hat (**RG.** II 4. Dez. 83 R. **5** 755).

39) Wenn auch die Urk. dazu bestimmt sein muß, gewisse rechtserhebliche Thatsachen zu beweisen (N. 3), so ist doch nicht nothwendig, daß beim Gebrauche von der Urk. der Zweck verfolgt werde, gerade in Bezug auf dasjenige Rechtsverhältniß zu täuschen, dessen Beglaubigung die ursprüngliche Bestimmung der Urk. war (vgl. N. 27₂ aE.); so **RG.** III 5. Feb. 81, 5/12. März 83, I 5. Feb. 80, 28. Sept. 82, 1. Apr. 89, **E. 3** 337, 8 187, **1** 186, **7** 52, **19** 113, IV 5. Apr. 89 G. **37** 193; aM. Merkel HRl. „Urkflschg." u. HH. **3** 796. Der Gebrauch von der falschen oder verfälschten Urk., als Urkunde (N. 37), zum Zwecke der Täuschung (N. 38), erfordert nur, daß die Täuschung bezweckt werde hinsichtlich derjenigen rechtserheblichen Thatsachen, welche durch die Urk. im Falle ihrer Echtheit würden erwiesen werden, auf welche also die Fälschung sich bezog; **RG.** II 10. Feb. 82 **E. 5** 437, Hälschner aO., Merkel

HH. 3 797. Dieses letztere ist aber auch nothwendig; mit Recht verneinte deshalb RG. III 18. Apr. 82 E. 6 202 das fragliche Thatbestandsmerkmal in einem Falle, wo der Empfänger einer Urk. Kenntniß davon hatte, daß letztere vom Aussteller (dem Ehemanne) mit fremdem Namen (demjenigen der Ehefrau) unterzeichnet sei, während die gegen ihn beabsichtigte Täuschung über die Berechtigung zur Ausstellung der Urk. unter fremdem Namen in einer Vorspiegelung außerhalb der Urk. lag; ebenso RG. IV 9. Okt. 85 R. 7 568 im Falle einer Wechselacceptation bei Kenntniß des Wechselnehmers davon, daß die Acceptvermerke nicht vom Namensträger herrührten.

Daß bei einer Täuschung gleichzeitig die weitere Absicht verfolgt werde, die scheinbar beglaubtigten Verhältnisse „praktisch zur Geltung zu bringen", ist nicht unbedingt nothwendig, wenn auch der Hauptfall des Gebrauchmachens; so Hälschner und Merkel aO., ferner RG. 28. Sept. 82 (s. o.), IV 21. Juni 89 G. 37 205, Fälle btr., wo Jemand ein gefälschtes Schuldbekenntniß vorlegte behufs Täuschung, aber nicht um die angebliche Schuld geltend zu machen, sondern um sich Kredit zu verschaffen, bzw. wo Jemand einen fälschlich angefertigten Schuldschein hingab zur Abstempelung seitens einer PrSteuerbehörde, weil ein solcher Schuldschein nach dem PrStempelG. v. 7. März 1822 nicht stempelpflichtig sei, folglich der Beamte in den Glauben habe versetzt werden sollen, er sei echt und stempelpflichtig.

Gleichgültig ist, ob es bei der Täuschung um eigene Rechte des Fälschers oder um fremde sich handelt; RG. III 18. Dez. 80 E. 3 169.

40) Was die Person des zu Täuschenden betrifft, so ergiebt sich aus dem N. 35 Bemerkten, daß es diejenige Person sein müsse, welcher gegenüber von der Urk. Gebrauch gemacht wird, obgleich RG. I 11. Okt. 80 R. 2 310 solches dahin gestellt sein läßt. Im übrigen liegt im Gesetze keinerlei Beschränkung hinsichtlich der Person des zu Täuschenden. Die Täuschung braucht deshalb namentl. nicht demjenigen gegenüber bezweckt zu werden, welcher aus der Urk., wenn sie echt wäre, (etwa als Mitkontrahent) verpflichtet und somit ev. der Beschädigte sein würde; der zu Täuschende selbst braucht überhaupt zum Inhalte der Urk. in einem bestimmten rechtlichen Verhältnisse nicht zu stehen und genügt es deshalb, wenn eine nicht im Rechtsverhältnisse stehende Behörde (z. B. ein Untersuchungs- o. Civilrichter bzw. ein Steuerbeamter) getäuscht werden sollte. So die GM., insbs.: RG. I 11. Okt. 80 (s. o.), 5. Feb., III 18. Dez. 80, 5/12. März 83, IV 6. März 88, E. 1 186, 3 169, 8 187, 17 205, II 6. Feb. 85 R. 7 86, IV 5. Apr., 21. Juni 89, G. 37 193, 205, Dresden 5. Nov. 77 St. 8 238.

Angesichts des Gesetzes erscheint übrigens eine spezielle Feststellung hinsichtlich der Person dessen, der getäuscht werden sollte, nicht erforderlich; Oppenh. N. 26, Ortloff G. 28 204.

41) Ob ein Gebrauchmachen von einer falschen Urk. z. Z. der Täuschung stattgefunden habe, hängt, wie die Ausführungen in N. 35 ff. ergeben, wesentlich von der thatsächlichen Beurtheilung der konkreten Sachlage ab; vgl. Fälle der Praxis in RG. III 5/12. März 83, 26. Okt. 85, I 12. Jan. 85, E. 8 187, 13 71, 12 17; verneint wurde namentl. ein solches Gebrauchmachen: der Postbehörde gegenüber bei der bloßen Aufgabe einer Postkarte o. einer Postpacetadresse mit Inhalt auf dem Abschnitte; RG. III 9. Feb. 88 E 17 141. Zweifel sind namentl. bei der Frage, ob eine Urkflschg. durch eine mit falschem Namen aufgegebene Depesche begangen werden könne, aufgetaucht. Hier ist zunächst die Aufgabedepesche (Originaldepesche) von der sog. Ankunftsdepesche (Depeschenausfertigung) zu unterscheiden.

a) Enthält der Inhalt des Telegramms rechtserhebliche Thatsachen (N. 11), so ist die mit einer Unterschrift versehene Aufgabedepesche zweifellos eine Urk. i. S. des § 267; so die GM., insbs. RG. VStS. 6. März 83 E. 8 92; vgl. jedoch Meili Fälschung einer telegr. Depesche (Zürich 1889) S. 61 ff., der den eigentlichen Text einer Depesche von den dienstl. Angaben (einschl. des Datums der Aufgabe u. Ankunft) unterscheidet und nur jenen als Urk. anerkennt. In der Uebergabe einer mit falscher Namensunterschrift versehenen Originaldepesche an den Telegraphenbeamten wird ein Gebrauchmachen von dieser falschen Urk. gegenüber dem Telegraphenbeamten nicht zu finden sein, weil jenem seitens des Depeschirenden ein Beweis überhaupt nicht geführt werden soll (N. 37 f.); so: das cit. RG. VStS. u. III 15. Mai 80 R. 1 793, München 19. Dez. 73, 14. Dez. 77, St. 3 220, 8 231,

Hälschner 2 546 N. 4, v. Liszt S. 544, Merkel HH. 4 449 N. 3, Scherer GS. 28 605, 611; aM.: Darmstadt 10. Juli 76 GS. 28 616, Ortloff G. 28 203 (die Täuschung des Beamten sei ein bedingender und deshalb wesentlicher Bestandtheil der Gesammtthat, die Täuschung des Adressaten sei nur durch jene zu erreichen, also müsse sie mit beabsichtigt sein). Weiterhin fragt sich aber, ob in der Uebergabe der Aufgabedepesche an den Beamten ein Gebrauchmachen von der Urk. gegenüber dem Adressaten gefunden werden kann; diese Frage ist zu verneinen, weil dem Empfänger die Originaldepesche garnicht zugänglich gemacht wird; (N. 35). So: die citt. RG. BStS. u. III 5. Mai 80, Hälschner aO., v. Schwarze N. 25, Scherer aO. AM.: ROHG. 1. Dez. 76 Entsch. 21 351, Darmstadt 10. Juli 76 GS. 28 616, Dambach GS. 28 293, früher auch Merkel HH. 3 796 N. 1 (s. jedoch u. b).

b) Es fragt sich, ob die Ankunftsdepesche (Depeschenausfertigung) als eine Urk. i. S. des § 267 angesehen werden könne; die Frage wird meist, so namentl. von Dambach aO., v. Liszt S. 544, Meves HH. 3 1006, Oppenh. N. 63, u. — wenn auch nicht mehr so entschieden wie früher — von Binding Normen 1 206 N. 4, implicte auch von dem cit. RG. 15. Mai 80, verneint, weil der Telegraphenbeamte nicht die Herstellung einer beglaubigten Abschrift der Originaldepesche übernehme, die Ankunftsdepesche vielmehr nur die „Umbildung einer mehrfachen Umbildung der Originaldepesche sei, bei welcher nicht einmal die Richtigkeit der letzten Umbildung vom Telegraphisten beurkundet werde". Allein wie unter Umständen auch eine „einfache Abschrift einer Originalurkunde" selbst eine „Urkunde" darstellen kann (N. 18c), so ist nach den gesammten, dem Depeschenverkehr zu Grunde liegenden Umständen in Verbindung mit den daran sich knüpfenden Gewohnheiten des Verkehrslebens dafür zu erachten, daß die sog. Ankunftsdepesche (die Ausfertigung der Depesche) unter der Voraussetzung eines rechtserheblichen Inhalts eine Urk. sei, die der Depeschirende unter Benutzung des Telegraphenamtes als Werkzeuges hergestellt hat; die amtliche, wenn auch nicht beglaubigte, Ausfertigung der Depesche gilt dem Empfänger, falls er nicht Verstümmelungen vermuthet, als Beweis für die Uebereinstimmung mit der Originaldepesche, er läßt jene deshalb auf sich wirken, als ob er eine Originalmittheilung empfangen hätte, so daß eben nach der, einer stillschweigenden Vereinbarung gleichkommenden, Gewohnheit des Publikums die Ankunftsdepesche selbst als Urk. gilt (N. 20). Von dieser — bei Unterzeichnung mit unrichtigem Namen — falschen Urkunde macht aber der Absender des Telegramms dem Empfänger gegenüber zum Zwecke der Täuschung, gleichfalls unter Vermittelung des Telegraphenamtes (N. 36), Gebrauch. So: cit. RG. BStS., Hälschner aO., Merkel HH. 4 449, H. Meyer S. 932, 938 N. 5, Rubo N. 4 v. Schwarze N. 25, Scherer, Mommsen GS. 28 611, 36 56, Weismann ZfStRW. 11 31.

42) Zur Vollendung der Urkflschg. ist nicht nothwendig, daß die bezweckte Täuschung wirklich erreicht worden; so die GM., insbs.: RG. I 3. Mai 80, 16. Mai 82, E. 2 42, R. 4 248, Dresden 29. Sept., 17. Nov. 73, St. 3 364, 374. Es liegt darin, wie die Motive hervorheben, ein wesentlicher Unterschied von dem Thatbestande des Betruges (§ 263).

43) Das Verhältniß der beiden Thatbestandsakte zu einander btr., so liegt das Schwergewicht offenbar in dem letzteren, d. h. dem Gebrauchmachen von dem falschen urkundlichen Beweismittel zum Zwecke einer Täuschung; es erhellt dieses namentl. auch daraus, daß diese Hdlg. allein nach § 276 „gleich der Urkundenfälschung strafbar" ist, sobald nur dem Gebrauchmachenden die Kenntniß davon beiwohnte, daß die Urk. eine falsche sei. Trotz dieses Verhältnisses beider Akte zu einander bleibt aber, unter der Voraussetzung des erforderlichen Dolus, die Herstellung des falschen urkundlichen Beweismittels immerhin ein Thatbestandsakt der aus § 267 strafb. Hdlg., was nicht verkannt werden darf (vgl. oben N. 23a u. § 268 N. 7). Weil aber die Urkflschg. erst durch das Gebrauchmachen seitens des Fälschers vollendet wird, so ergiebt sich die Möglichkeit des Vorliegens des Verbr., wenn auch die Verfälschung selbst zu einer Zeit vorgenommen wird, wo noch ein Theil des Inhalts der später vervollständigten Urk. fehlte, dann nämlich, wenn bereits die Verfälschung mit dem nöthigen (eventuellen) Dolus vorgenommen wurde; RG. I 23. Apr. 88 E. 17 328.

44) Die Handlung muß auch bei der Urkflschg. aus § 267 selbstverständlich eine objektiv rechtswidrige sein.

Bei dem ersteren der zum Thatbestande erforderlichen Akte ist aber die objektive Rechtswidrigkeit ohne Weiteres und nothwendig vorhanden; die „Herstellung eines falschen, urkundlichen Beweismittels" (N. 24—34) ist an sich stets rechtswidrig.

Aber auch mit dem zweiten Thatbestandsakte (N. 35—42) verhält es sich nicht anders; denn wenn von einem falschen, auf rechtserhebliche Thatsachen bezüglichen (N. 3), urkundlichen Beweismittel „als Urkunde" (N. 37), d. h. also zum Zwecke der Beweiserbringung im Rechtsleben, Gebrauch gemacht wird, so verstößt schon dieses gegen das objektive Recht, ist also an sich „rechtswidrig" (vgl. § 263 N. 45), gleichgültig, ob dem die Urk. Gebrauchenden das mittels derselben verfolgte Recht zusteht oder nicht. Eine Beweiserbringung im Rechtsleben durch ein falsches Beweismittel widerstreitet den Grundsätzen des öffentlichen wie des Privat-Rechts; denn da alles Recht schließlich in der Anerkennung gipfelt, die es äußerlich, ev. unter Inanspruchnahme der für seine Durchführung angeordneten Wege und Organe, sich zu erringen vermag, so liegt in dem Gebrauchmachen eines falschen, urkundlichen Beweismittels schon an sich ein Rechtsbruch. So die GM., insbs.: RG. I 12. Feb. 80, 28. Juni 86, 3. Juni 80, 13. Feb. 88, R. 1 350, 8 493, E. 2 173, 17 200, II 22. Okt. 80, III 5. Feb. 81, E. 2 376, 3 337, Stuttgart 11. März 74, München 5. Aug. 76, Berlin 15. Okt. 75, 12. Feb. 78, 30. Apr. 79, St. 4 60, 6 343, 9, 8 250, O. 20 229.

Dolus. N. 45—48.

45) Der Dolus erfordert bei der Urkflschg., wie bei jedem vorsätzlichen Vergehen, wenn nicht positiv ein anderes angeordnet ist, das Wissen und Wollen sämmtlicher Deliktsmerkmale, verbunden mit dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, als dem generellen Merkmal des Dolus.

Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit muß der gesammten Hdlg. d. h. allen zum Deliktsthatbestande wesentlichen Momenten beiwohnen, also sowohl der Herstellung des falschen urkundlichen Beweismittels wie auch dem Gebrauchmachen von demselben zum Zwecke der Täuschung. Bei jenem Akte muß daher der Thäter das Bewußtsein haben, daß er zur Anfertigung einer Urk. im fremden Namen kein Recht habe (N. 44_2); es ist deshalb das Bewußtsein namentl. ausgeschlossen, wenn der Hersteller der Urk. bei Unterzeichnung mit dem Namen eines Anderen glaubte, von demselben zu dieser Hdlg. als im Voraus sich ermächtigt anzusehen (RG. III 6. Juni 89 G. 37 281), wie das Bewußtsein ferner bei rechtsungültig ertheilter Zustimmung des Namensträgers ausgeschlossen sein kann (N. 26 aE., 47 III a). Bei dem zweiten Akte muß der Thäter sich bewußt sein, daß er von der falschen Urk. „als Urkunde" Gebrauch mache (N. 44_3).

46 a) Das Gesetz stellt aber in subjektiver Beziehung noch das ausdrückliche Erforderniß der „rechtswidrigen Absicht" auf. Dieselbe fällt nicht mit dem „Bewußtsein der Rechtswidrigkeit" (N. 45_2) zusammen; so v. Liszt S. 545; aM: RG. II 22. Okt. 80 E. 2 376, Binding Normen 1 215 f., 2 597, Hälschner 2 542, Absicht sei gleich Vorsatz u. die Hervorhebung der „Rechtswidrigkeit" als allg. Erfordernisses des Vorsatzes nur erfolgt um möglichen Mißverständnissen vorzubeugen. Bezüglich der Aufnahme jenes Erfordernisses ist hervorzuheben, daß § 247 des PrStGB. schlechthin „die gewinnsüchtige Absicht" als „Straferhöhungsgrund" behandelt; zur Ausfüllung der durch den Wegfall jenes Erfordernisses, neben welchem „das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit" unbedingt auch vorliegen mußte, entstehenden Lücke hat das RStGB. die „rechtswidrige Absicht" erfordert, ein Merkmal, welches zwar allgemeiner ist als das im PrStGB. § 247 aufgestellte, dennoch immerhin dazu dient, den strafrechtlichen Dolus aus § 267, wie er o. N. 45 charakterisirt wurde, näher zu bestimmen und zu spezialisiren. Nach dem äußeren Thatbestande der Urkflschg. liegt die „rechtswidrige Absicht" vor bei jedem wissentl. Gebrauchmachen von einer falschen o. verfälschten Urk. als einer echten, um damit im Rechtsleben einen Beweis zu erbringen, also schon dann, wenn überhaupt nur mittels der falschen o. verfälschten Urk. ein Einfluß auf das Rechtsleben ausgeübt werden soll, ohne daß die Absicht, einen materiell rechtswidrigen Erfolg herbeizuführen, vorzuliegen braucht; so: RG. II 4. Jan. 84, I 13. Feb. 88, 30. Juni 90, 18. Feb. 92, E. 9 399, 17 200, 21 69, 22 377 (vgl. jedoch IV 29. Apr. 84 R. 6 323), Berner S. 582, H. Meyer S. 937; dagegen: Hälschner 2 541, Merkel

HH. 3 796 f., v. Schwarze N. 27, Lucas Subj. Verschldg. S. 33, die rechtsw. Abs. beziehe sich auf eine gg. die Rechte Dritter gerichtete Anwendung des Falsifikats; ferner Schütze S. 488, es müsse eine widerrechtl. Aenderung des eigenen o. fremden Rechtszustandes beabsichtigt sein.

b) Daß die „rechtswidrige Absicht" nicht identisch mit der Täuschungsabsicht ist (so Merkel), ergiebt sich aus Folgendem. Wie das „Bewußtsein der Rechtswidrigkeit", so muß auch die „rechtswidrige Absicht" bei beiden Thatbestandsakten vorliegen; es erhellt dieses schon aus der den fraglichen Worten gegebenen Stellung (so insbs. Schütze S. 487, Oppenh. N. 5, Weismann ZfStRW. II 47); die „rechtswidrige Absicht" muß aber auch bei beiden Thatbestandsakten eine und dieselbe sein; ist dieselbe eine verschiedene, so kann nicht § 267 (sondern nur § 270) Anwendung finden; **RG.** II 9. März 88 R. **10** 233. Darnach muß der Thäter zunächst die „Herstellung des falschen urkundlichen Beweismittels" schon in der Absicht vornehmen, die falsche Urk. später im Rechtsleben zu gebrauchen; gerade hier zeigt sich der Unterschied von dem N. 45 charakterisirten Bewußtsein der Rechtswidrigkeit; denn dieses liegt vor, sobald der Thäter bewußt unbefugt ein falsches urkundliches Beweismittel herstellt, mag er solches demnächst auch nur zum Scherz anwenden wollen; liegt hier zwar immerhin die „Täuschungsabsicht" vor, so ist doch die „rechtswidrige Absicht" — und somit der subjektive Thatbestand des § 267 — zweifellos ausgeschlossen. In Bezug auf den zweiten Thatbestandsakt wird dagegen die „rechtswidrige Absicht" faktisch identisch sein mit dem „Bewußtsein der Rechtswidrigkeit" (so auch v. Liszt S. 545); der Thäter muß, um aus § 267 strafbar zu sein, wissen, daß er die falsche Urk. als Beweismittel im Rechtsleben gebrauche; macht er von ihr „zum Scherz" oder „aus Neckerei" Anwendung, so fehlt ihm „die rechtswidrige Absicht" so gut wie das „Bewußtsein der Rechtswidrigkeit"; denn alsdann will er nicht von einem Falsifikat im Rechtsleben Gebrauch machen. Es erhellt hieraus, daß die, in den Motiven keinen Anhalt findende, Annahme des cit. **RG.** 22. Okt. 80, die Hervorhebung jenes Erfordernisses sei lediglich zu dem Zwecke geschehen, um dem bei der allgemeinen Fassung des Thatbestandsmerkmales des „Gebrauchmachens zum Zwecke der Täuschung" immerhin möglichen Mißverständnisse vorzubeugen, daß ein nicht rechtswidriges Gebahren unter § 267 falle (ähnlich Binding aO.), nicht richtig ist; denn so zweifellos die Worte „in rechtswidriger Absicht" formell auch auf das „Gebrauchmachen" sich beziehen (Berlin 14. Nov. 72 O. **13** 597), so äußern sie doch ihre eigentliche, materielle Wirkung gerade in Hinsicht auf den zeitlich ersten Akt, die Herstellung des falschen urkundl. Beweismittels. Eines Verg. aus § 267 macht sich hiernach weder schuldig, wer eine Urk. der dort bezeichneten Art nicht „in rechtswidriger Absicht", z. B. nur zu seiner Uebung anfertigt, mag er auch nachher von derselben zum Zwecke der Täuschung Gebrauch machen (es greift dann § 270 Platz; das. N. 2), noch derjenige, welcher von einer falschen Urk. zwar als Urkunde zum Zwecke der Täuschung, jedoch nur als Neckerei, Gebrauch macht, mag er auch vorher dieselbe „in rechtswidriger Absicht", nämlich zu dem Zwecke hergestellt haben, sie demnächst als Beweismittel im Rechtsleben zu gebrauchen.

47) In Einzelfällen der Praxis ist die „rechtswidrige Absicht" mit Recht:

I. für vorliegend erachtet:

a. bei der Absicht des Thäters, zur Erreichung eigenen Vortheils durch Täuschung mittels eines von ihm fälschlich angefertigten Schriftstücks seinem Konkurrenten im Gewerbebetriebe die diesem anderenfalls gebotene Benutzung eines Geschäftsvortheils zu entziehen; **RG.** III 4. Feb. 80 E. **1** 293;

b. bei der Absicht, durch Aenderung des Datums lediglich die gesetzliche Stempelstrafe abzuwenden; **RG.** II 6. Feb. 85 R. **7** 86 (s. u. N. 48), 1. Nov. 87 E. **16** 262 (vgl. dagegen III 13. Jan. 90 E. **20** 192 btr. den anders liegenden Fall der Kassirung einer Vertragsurk. behufs Hinterziehung der verwirkten Stempelstrafe für Abschließung u. Beurkundung — unter Mitbenutzung des Konzeptes des alten Vertrages — eines neuen gleichlautenden Vertrages mit neuer Datirung);

c. trotz der Hoffnung, der Namensträger werde (speziell in einem Falle, wo es eines

schriftlichen Vertrages bedurfte) die Unterzeichnung mit seinem Namen später genehmigen; RG. II 2. Mai 82 E. 6 251 (s. jedoch II a), Berlin 15. Jan. 79 O. 20 34;

II. für ausgeschlossen erachtet (vgl. im allg. RG. IV 29. Apr. 84 R. 6 323 „wenn der Thäter der Rechtswidrigkeit seiner Hdlg. wegen eines thatsächl. o. rechtl. Irrthums sich nicht bewußt gewesen sei");

a. durch den Rechtsirrthum, daß die in Erwartung der Zustimmung des Namensträgers gefertigte Unterschrift desselben von gleicher civilrechtlicher Wirksamkeit sei wie eine echte; das cit. RG. 2. Mai 82;

b. wenn der Schreiber des fremden Namens garnicht beabsichtigte, den Glauben, derselbe sei vom Namensträger selbst geschrieben, zu erregen u. solchergestalt ein anscheinend vom Namensträger unterzeichnetes Schriftstück herzustellen; Dresden 5. Aug. 71 St. 1 59;

III. für nicht unbedingt ausgeschlossen erachtet:

a. durch die Zustimmung desjenigen, auf welchen die Unterschrift hinweist (vgl. N. 26 aE.); RG. II 8. Nov. 81 E. 5 151, Stuttgart 4/11. Okt. 76 St. 7 169;

b. durch die Erwartung der Genehmigung desjenigen, auf dessen Namen die Urk. (z. B. eine Prozeßvollmacht) ausgestellt wird (u. zwar deshalb nicht, weil die §§ 267 ff. nicht blos das Recht des Namensträgers gegen den Mißbrauch seiner Unterschrift schützten, sondern vielmehr allg. den Schutz des Rechtsverkehrs gegen die Gefahr einer Herstellung falschen urkundl. Beweises bezweckten; s. o. N. 26_3); RG. II 2. Mai 82 E. 6 251.

48) Speziell das Motiv, welches dem Thäter zu der Urkflschg. den Anreiz gab, ist für die Frage der rechtswidrigen Absicht nicht von Erheblichkeit; es kommt lediglich darauf an, ob nach den in N. 46 dargelegten Gesichtspunkten die Absicht eine „rechtswidrige" ist; bejahenden Falls kann das außerhalb der Hdlg. liegende Motiv nicht zu einer Verneinung der Schuldfrage führen; RG. II 22. Okt. 80 E. 2 376.

In der Praxis ist dieses in zahlreichen Einzelfällen anerkannt, so — außer btr. des Motives der Durchführung eines zustehenden Rechtes (N. 44_3) — insbs.:

a. btr. des Motives, im Untersuchungsverfahren Zwecke der Vertheidigung zu verfolgen; RG. I 3. Nov. 81, II 4. Jan. 84, III 16. März 85, E. 5 149, 9 399, 12 170 (vgl. auch N. 47 I b), München 19. Juni 75, Berlin 26. Sept. 77, St. 5 124, 8 247. Vgl. jedoch das o. N. 29 cit. RG. III 1. Mai 80 E. 2 33 (gg. dasselbe John ZfStRW. 4 46 u. Simonson Vortheil S. 48 f.), das mit dem o. cit. I 3. Nov. 81 nicht übereinstimmt, insofern es die „rechtswidrige Absicht" deshalb verneint, weil der Thäter die Verfälschung vorgenommen habe, „um für die Strafverfolgung das Beweismittel zu beseitigen, auf Grund dessen seine Schuld festgestellt werden kann";

b. btr. des Motives der Eitelkeit speziell um auf Grund der gefälschten Geburtsurkunde dem Standesbeamten gegenüber, welcher deren Einsicht behufs Erlaß eines Aufgebots bedurfte, jünger zu erscheinen; RG. III 10. Mai 82 R. 4 466;

c. btr. des Motives der Scheu vor einer Bloßstellung innerhalb der Religionsgemeinschaft, speziell um auf Grund einer falschen Sterbeurk. über das angeblich erfolgte Ableben des einen, in Wahrheit nicht verstorbenen, sondern geschiedenen Ehegatten die Trauung der Ehe seitens eines kath. Geistlichen zu ermöglichen; Berlin 6. Sept. 75 St. 6 9.

Theilnahme; Einheit u. Mehrheit der Handlungen; Verhältniß zu anderen §§.; Strafe; Verjährung, Zuständigkeit. N. 49—52.

49) Bezüglich der Theilnahme (Th. I Abschn. 3) gelten die allg. Grundsätze. Der Umstand aber, daß die Hdlg. bei der Urkflschg. in zwei gesonderte Akte zerfällt (N. 23), ist thatsächlich nicht ohne Bedeutung. So kann je nach Lage der Sache in dem Falle, daß Einer die falsche Urk. herstellt, ein Anderer von derselben behufs Täuschung Gebrauch macht, entweder Mitthäterschaft (vgl. § 47 N. 5) angenommen werden (RG. I 16. März 82, 24. Juni 86, R. 4 248, 8 481, Dresden 17. Nov. 73 St. 3 374), oder auch seitens des Gebrauchenden das Delikt aus § 270, seitens des Herstellers des falschen Beweismittels Beihülfe bzw. auch Anstiftung dazu (Mannheim 30. März 72 St. 1 295, andeutungsweise auch RG. III 28. Feb. 80 1 230); ebenso H. Meyer S. 940 N. 63. AM. Birkmeyer Theilnahme S. 107, der Fälscher könne nicht Mitthäter sein, ferner Oppenh. N. 22, 30, der stets § 270

anwenden will, indem der Fälscher nur als Gehülfe o. Anstifter angesehen werden könne, während Merkel HH. 3 798 annimmt, daß der Fälscher als Gehülfe entweder aus § 270 o. aus § 267 zu strafen sei.

Daß in dem Falle, wenn mehrere an der Urk. geschrieben haben, die falsche Anfertigung von derjenigen Person als Alleinthäterin ausgegangen sei, welche das Niedergeschriebene durch Beifügung einer falschen Unterschrift erst zu einer unechten Urk. gemacht habe, erscheint mit den Grundsätzen über Mitthäterschaft nicht vereinbar; denn thatsächlich wird das falsche urkundliche Beweismittel, das in concreto gebraucht werden soll, durch das verständigte Zusammenwirken aller Betheiligten hergestellt; so Hälschner 2 537, während auch Berner S. 582 N. 1 keineswegs die Mitthäterschaft anderer Personen als ausgeschlossen ansieht.

50) Die Frage, ob eine und dieselbe Strafthat (§ 73) oder ob verschiedene selbständige strafb. Hdlgen (§ 74) vorliegen, taucht auf, sowohl dann, wenn nur eine falsche Urk. hergestellt, von derselben aber verschiedenen Personen gegenüber Gebrauch gemacht wurde, als auch dann, wenn der Gebrauch verschiedener falscher Urkunden zu gleicher Zeit einer Person gegenüber stattfand.

a) Im ersteren Falle liegt Realkonk. einer Urkflschg. aus § 267 mit einem oder mehreren Delikten aus § 270 vor, wenn nicht besondere Umstände die thatsächliche Einheit der mehreren Fälle des Gebrauchmachens ergeben. So RG. III 2. Feb. 81, 11. Nov. 86, E. 3 311, 15 290, ähnlich: Dresden 4. Mai 74 St. 5 132, Hälschner 2 548, Puchelt § 270 N. 3, v. Schwarze N. 39. AM. einerseits Binding 1 558 (das Wort „Gebrauch machen" erzwinge nicht die Annahme einer nur einmaligen Benutzung), Merkel HH. 3 798 (es liege ein lediglich aus § 267 zu behandelndes fortgesetztes Delikt vor) u. H. Meyer S. 939, andererseits Oppenh. N. 32 u. Rubo N. 13, die stets verschiedene selbständige Delikte annehmen und zwar jener aus § 267 u. § 270, dieser nur aus § 267.

b) Im zweiten Falle liegt stets nur eine Urkflschg. vor; denn der das Delikt vollendende Gebrauch von der Urk. geschieht durch einen und denselben Akt, welcher zusammen mit den verschiedenen Einzelakten der Herstellung falscher urkundlicher Beweismittel zu einer einzigen strafb. Hdlg. sich vereinigt (vgl. § 73 N. 5); dieses gilt selbst dann, wenn die Herstellung der verschiedenen falschen Urkunden in der Absicht geschah, von ihnen einzeln zum Zwecke der Täuschung Gebrauch zu machen. So RG. III 11. Nov. 86 (s. o.), 24. Sept. 88 R. 10 515. AM. einerseits: Dresden 8. Feb. 75, München 21. Juli 77, St. 6 10, 8 248, Oppenh. N. 32a, welche gleichartige Realkonk. annehmen, andererseits H. Meyer S. 939, der Idealkonk. annimmt.

51) Das Verhältniß des § 267 zu anderen §§. kommt namentl. in Frage:

a) Bei den Münzdelikten (Abschn. 8). Hier ist zunächst zu beachten, daß der Thatbestand der Falschmünzerei aus § 146 nicht als der speziellere den der Urkflschg. ausschließt, denn § 146 verlangt keineswegs eine Verwirklichung der erforderlichen Absicht durch ein „Gebrauchen o. sonstiges Inverkehrbringen", während bei dieser ein „Gebrauchmachen zum Zwecke der Täuschung" nothwendig ist (vgl. auch § 263 N. 56c); Hälschner 2 588, Thomsen GS. 30 417. Ebensowenig schließt § 147 den § 267 aus, selbst nicht die ein „Inverkehrbringen" erfordernde Alternative; denn wenn auch dasselbe „ein Gebrauchmachen zum Zwecke der Täuschung" darstellt, so ist Papiergeld doch keine „Urkunde" i. S. des § 267. AM. Löwenstein Verbrechenskonk. S. 67, nach welchem Konk. der §§ 146, 147 mit Urkflschg. ausgeschlossen sein soll, weil dieselben zu dieser im Verhältniß des Artverbr. zum Gattungsverbr. ständen und eine Konk. des Artverbr. mit dem seine Grundlage bildenden Gattungsverbr. ausgeschlossen sei. Dagegen ist mit Löwenstein u. Thomsen aO. sowie mit Hälschner 2 586, Merkel HH. 3 225, H. Meyer S. 955, Oppenh. § 149 N. 3 u. Rüd.-St. § 149 N. 6 anzunehmen, daß die §§ 147, 148 i. V. mit § 149 als die spezielleren den § 267 ausschließen, weil die im § 149 bezeichneten Geldpapiere Urkunden sind.

b) Bei der wissentl. falschen Anschuldigung (§ 164); hier kann Idealkonk. (§ 73) stattfinden; so RG. II 22. Sept. 82 E. 7 47 (gebilligt von John ZfStRW. 6 64) btr. einen Fall, wo die Anschuldgg. durch Einreichung eines fälschlich angefertigten Ge-

ständnisses des fälschlich Beschuldigten an die StA schaft verübt wurde; ebenso IV 15. Mai 88 R. 10 396.

c) Beim Betruge (§ 263); vgl. § 268 N. 9.

d) Bei anderen Fällen der Urkflschg.; vgl. §§ 268 N. 1, 269 N. 1, 270 N. 1, 2.

e) Beim Verg. aus § 355; das. N. 6.

f) Beim § 363; vgl. daselbst.

52) Die Hauptstrafe ist Gefängniß von 1 T.—5 J. (§ 16). Wegen der Nebenstr. vgl. § 280.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67₂ in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 268.

Eine Urkundenfälschung, welche in der Absicht begangen wird, sich oder einem Anderen einen Vermögensvortheil zu verschaffen oder einem Anderen Schaden zuzufügen, wird bestraft, wenn

1) die Urkunde eine Privaturkunde ist, mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren, neben welchem auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark erkannt werden kann;
2) die Urkunde eine öffentliche ist, mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren, neben welchem auf Geldstrafe von einhundertfunfzig bis zu sechstausend Mark erkannt werden kann.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe ein, welche bei der Fälschung einer Privaturkunde nicht unter Einer Woche, bei der Fälschung einer öffentlichen Urkunde nicht unter drei Monaten betragen soll. Neben der Gefängnißstrafe kann zugleich auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark erkannt werden.

PrStGB. §§ 247, 250, 251. Entw. I §§ 241, 244, 245, II § 263.

1) Das Delikt der einfachen Urkflschg. (§ 267) gestaltet sich durch Hinzutritt eines i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 straferhöh. Umst. zum Verbrechen der schweren Urkundenfälschung.

Der straferhöh. Umst. besteht in der, neben der allgemein erforderten und deshalb auch für den Fall des § 268 stets festzustellenden (RG. I 6. Dez. 80 E. 3 168) „rechtswidrigen Absicht", noch ferner erforderten „Absicht, sich oder einem Anderen einen Vermögensvortheil zu verschaffen oder einem Anderen Schaden zuzufügen"; so: Rubo N. 2, v. Schwarze N. 1; aM. John ZfStRW. 4 90 N. 1, beide Absichten seien ebensowenig in einer Frage wie in einem Thatbestande unterzubringen, während Simonson Vortheil S. 29 eine Mittelmeinung dahin vertritt, daß die Absicht des § 268 weder nothwendig in die des § 267 aufgehen, noch neben derselben einhergehen müsse.

Hieraus folgt, daß die Absicht auf eine rechtswidrige Bereicherung bzw. Beschädigung nicht gerichtet zu sein braucht. So: RG. I 5. Feb., 3. Mai 80, 30. Juni 90, III 16. Okt. 84, E. 1 186, 2 42, 21 69, 11 155, I 28. Juni 86 R. 8 493, Geyer 2 103, v. Liszt S. 546, Meves HH. 3 994, v. Schwarze N. 2, Fuchs G. 19 425. AM.: München 30. Mai 73, 30. Mai 76, Dresden 2. Mai 73, 27. Apr. 74, 27. März 76, St. 2 327, 6 345, 3 136, 5 133, 7 166, Binding 1 464 N. 24 (der Sprachgebrauch des StGB. sei zu ungenau, als daß aus dem Fehlen des „rechtswidrig", das gerade so häufig weggelassen werde, geschlossen werden dürfe, auch die auf Erlangung eines rechtmäßigen Vortheils gerichtete Absicht sei Qualifikationsgrund), Hälschner 2 550, Merkel HRl. „Urkflschg." u. HH. 3 799, H. Meyer S. 937, Blum N. 2, F. Meyer N. 16b, Oppenh. N. 2, Puchelt N. 1, 2, Rüd.-St. N. 3, Simonson aO.

Wegen der Bedeutung von „Absicht" vgl. § 263 N. 49; das dort Gesagte trifft auch hier zu, obschon neben die „gewinnsüchtige" Absicht (N. 2) alternativ noch die von Berner S. 658 sog. „schadensüchtige" Absicht (N. 3) tritt.

2) Die auf einen Vermögensvortheil gerichtete Absicht ist nach dem in N. 1 Bemerkten auch dann anzunehmen, wenn der Fälscher durch den Gebrauch der Urk. sich oder einem Anderen einen erlaubten oder gar einen ihm zustehenden Vermögensvortheil verschaffen wollte (vgl. § 267 N. 44, 48). Weil übrigens der, unmittelbar oder mittelbar, angestrebte Vermögensvortheil ein rechtswidriger nicht zu sein braucht, so muß ihm auch nicht nothwendig die Beschädigung des Vermögens eines Anderen entsprechen, wie solches beim rechtswidrigen Vermögensvortheil der Fall ist (vgl. § 263 N. 45 2); Berlin 11. März 74 O. 15 143.

Unter Berücksichtigung dieser Abweichung gegenüber dem Betruge (§ 263 N. 45, 46) finden im übrigen die Ausführungen bezüglich des Thatbestandsmerkmals der gewinnsüchtigen Absicht beim Betruge auch hier Anwendung und zwar sind zu vergleichen hinsichtlich des „Vermögensvortheils" N. 43, hinsichtlich der „Verschaffung" eines solchen N. 47 und hinsichtlich der Worte „sich oder einem Anderen" N. 48 zum § 263. Daß speziell diese Wendung gleichbedeutend ist mit der im § 263 gebrauchten „sich oder einem Dritten", erscheint zweifellos; aM. jedoch Rubo N. 5, der Andere könne auch derjenige sein, dem gegenüber von der falschen Urk. zum Zwecke der Täuschung Gebrauch gemacht werde!

Dagegen kann die Ausführung in N. 50 zum § 263 über die Nothwendigkeit des Kausalzusammenhanges zwischen der gewinnsüchtigen Absicht einerseits und der Täuschung bzw. Vermögensbeschädgg. andererseits hier nicht etwa in der Weise entsprechend zur Anwendung gebracht werden, daß der Vermögensvortheil durch das Delikt der Urkflschg. selbst erstrebt sein muß; eine solche Folgerung läßt sich weder aus dem Wortlaute des Gesetzes, noch aus dem strafrechtl. Begriffe der Absicht ableiten, noch folgt dies (ebensowenig wie im Falle der §§ 272, 349) aus der besonderen Natur der Strafthat. Es fällt demnach namentl. auch die Begehung einer Urkflschg. gegen Gewährung o. Zusage eines Lohnes unter § 268; an einem bewußten Kausalzusammenhange zwischen der begangenen Urkflschg. und der erforderlichen Absicht fehlt es auch hier nicht. So: RG. II 9. Okt. 89 E. 18 145 (btr. § 272), III 8. Dez. 87 R. 9 713 (btr. § 349, der auch dann Anwendung finde, wenn die That aus § 348 durch den Beamten in Folge Bestechung verübt sei). AM. München 19. Juni 75 St 5 137 (btr. § 272). Wenn RG. IV 25. Okt. 89 E. 20 6 angenommen hat, es brauche der durch die Urkflschg. erstrebte Vermögensvortheil nicht lediglich durch den Gebrauch der Urk. erlangt zu werden, vielmehr genüge es, wenn der Gebrauch der Urk. zur Herbeiführung des Erfolges mitwirken konnte und der Thäter in dieser Absicht Gebrauch machte, so hat damit obige Frage nicht entschieden werden sollen.

Wegen der Kasuistik vgl. § 263 N. 44.

3) Bei der „Absicht, einem Anderen einen Schaden zuzufügen," fragt es sich vor Allem um den Sinn des Wortes „Schaden", namentl. ob dasselbe trotz seiner an sich weiteren Bedeutung (vgl. § 366[8]) hier mit „Vermögensschaden" zu identifiziren sei. Für diese Auslegung spricht zunächst die Alternative der „Absicht, sich einen Vermögensvortheil zu verschaffen", sowie der Thatbestand des Betr., welcher die in gewinnsüchtiger Absicht vorgenommene „Vermögensbeschädgg." eines Anderen erfordert und dem (vgl. Motive zum Entw. II § 202) der Thatbestand der schweren Urkflschg. genähert werden sollte. Dazu kommt, daß im StGB. dem weiten Begriffe „Vortheil" (vgl. §§ 49a N. 15, 257 N. 39) der im § 274 gebrauchte Ausdruck „Nachtheil" gegenübersteht (das. N. 7). Berechtigt schon dieses zu der Annahme, daß das StGB. mit „Schaden" den engeren Begriff „Vermögensschaden" — als Gegensatz zum „Vermögensvortheil" (§ 263 N. 43) — im Sinne habe, ähnlich wie § 257 den Ausdruck „Vortheil" an erster Stelle als „Vermögensvortheil" versteht (§ 257 N. 31), so ist jedenfalls entscheidend, daß die ohnehin erforderliche „rechtswidrige Absicht" (N. 1) die Absicht, einem Anderen einen „Schaden" i. w. S. zuzufügen, stets in sich schließt; denn die „rechtswidrige Absicht" besteht wesentlich darin, von einer falschen Urk. zum Zwecke der Beweiserbringung im Rechtsleben Gebrauch zu machen (vgl. § 267 N. 46, auch 44, 45), was die Absicht, einem Anderen einen Schaden — wenn auch nicht nothwendig einen Vermögensschaden — zuzufügen, in sich schließt. So: Hälschner 2 552, Merkel HRl. „Urkflschg." u. HH. 3 800, Schütze S. 488 N. 15, F. Meyer N. 16a. AM.: RG. III 5/12. März 83 E. 8 187, München 30. Mai 76 St 6 345, Berner S. 584, Geyer 2 103, v. Liszt S. 546, H. Meyer

S. 937, v. Wächter S. 468, Blum N. 2, Oppenh. N. 5, Puchelt N. 3, Rubo N. 4, Rüd.-St. N. 6, v. Schwarze N. 3, die namentl. auch die Absicht, einem Anderen an seiner Freiheit oder Ehre zu schaden, für ausreichend erachten.

Wegen des Begriffs des „Vermögensschadens" sind die N. 18 ff. zum § 263 zu vergleichen.

4) Die eine (N. 2) oder die andere (N. 3) Absicht, deren Arten sich als bloße, eine alternative Feststellung zulassende, Modalitäten der strafb. Hdlg. darstellen (§ 47 N. 29), muß bei der gesammten Handlung vorliegen; denn die Urkflschg. muß in einer solchen Absicht „begangen" worden sein, wenn § 268 Platz greifen soll; Merkel HH. 3 801, Blum N. 2, F. Meyer N. 16d, Oppenh. N. 6, Rüd.-St. N. 8. Daraus folgt die Nichtanwendbarkeit des § 268 namentl. für den Fall, daß jene qualifizirende Absicht bei der Herstellung der falschen Urkunde noch nicht obwaltete, sondern erst beim Gebrauchmachen von derselben; alsdann greift § 270 i. V. mit § 268 Platz.

5) Die Vollendung des Verbr. erfordert die Realisirung des angestrebten Vermögensvortheils bzw. Schadens nicht (vgl. § 267 N. 42); **RG.** I 12. Feb., 3. Mai 80, R. **1** 350, E. **2** 42, Dresden 21. März 73, Mannheim 73, St. **3** 26, **7** 161. Aber auch nicht einmal die Möglichkeit der Realisirung ist nothwendig, das Gesetz begnügt sich lediglich mit der Absicht; **RG.** I 5. Feb. 80 E. **1** 186.

6) Im Anschluß an die verschiedenen Thatbestände der einf. Urkflschg. (§ 267 N. 5, 10), die dadurch gegeben sind, daß die falsche Herstellung entweder auf eine inländische oder ausländische öffentl. Urk. oder auf eine Privaturk., welche zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen erheblich ist, sich bezieht, stellt § 268 zwei verschiedene Strafandrohungen auf, je nachdem die Urk. eine „Privaturkunde" (Nr. 1), selbstverständlich von der oben bezeichneten Beschaffenheit, oder eine „öffentliche" (Nr. 2), gleichgültig ob inländische oder ausländische, Urk. ist.

Wenn auch im letzteren Falle härtere Strafen angedroht sind als im ersteren, so bildet dennoch die Eigenschaft einer Urk. als „öffentliche" nicht einen straferhöh. Umst. i. S. der StPO.; denn da die strafb. Urkflschg. überhaupt Urkunden bestimmter Art voraussetzt und nicht etwa die Fälschung aller Urk. strafbar ist, so erscheint die „Oeffentlichkeit" einer Urk. als ein strafbedingendes Moment, gleichwie die „Beweiserheblichkeit für Rechtsverhältnisse" bei einer Privaturk. Während aber beim Verg. des § 267 diese Verschiedenheiten des Thatbestandes nicht für erheblich genug erachtet sind, um daran verschiedene Strafandrohungen zu knüpfen, ist solches bei dem Verbrechen aus § 268 für geboten erachtet. AM. Oppenh. N. 1, der die Eigenschaft einer Urk. als einer „öffentlichen" für einen straferh. Umst. ansieht.

7) Was den strafbaren Versuch des Verbr. aus § 268 betrifft, so ist nothwendige und selbstverständliche Voraussetzung, daß die in Frage kommende Hdlg. in derjenigen Absicht (N. 1) vorgenommen sein muß, welche die vollendete schwere Urkflsch. erfordert (§ 43 N. 6).

Im übrigen gewinnt für die Frage nach der Abgrenzung des Versuchs gegenüber der bloßen Vorbereitungshdlg. (wegen der Abgrenzung gegenüber der vollendeten That s. o. N. 5), der Satz, daß der Begriff des strafb. Versuches nicht den Anfang mit sämmtlichen zum Thatbestande der vollendeten Hdlg. gehörigen Einzelakten bedingt (§ 43 N. 14_2), mit Rücksicht auf die beiden, den äußeren Thatbestand der Urkflschg. bildenden Akte (§ 267 N. 23), eine besonders praktische Bedeutung, ähnlich wie bei der Theilnahme an der Urkflschg. (vgl. § 267 N. 49).

Liegt die erforderliche Absicht vor (s. o. Abs. 1), so kommt zunächst in Frage, ob in der Herstellung eines falschen urkundlichen Beweismittels behufs demnächstigen Gebrauches im Rechtsleben schon ein Versuch der Urkflschg. gefunden werden könne; dafür spricht entschieden der Thatbestand des § 363_1. Unbedingt aber kann diese Frage nicht beantwortet werden, vielmehr hängt ihre Entscheidung, unter Anwendung der allgemeinen Grundsätze, von der konkreten Sachlage ab. So: **RG.** I 2. Okt. 82 E. **7** 54, München 11. Okt. 73, 30. Mai 76 (je nach der Sachlage dort den Versuch verneinend, hier denselben bejahend), Dresden 1. Nov. 75, St. **3** 134, **6** 345, 359, Hälschner **2** 553, Schütze S. 487 N. 13, F. Meyer N. 13, Puchelt N. 4, v. Schwarze N. 7a u. SächsGZ. **25** 26, wo übrigens für die Annahme des Versuchs verlangt wird, daß der Fälschungsakt im „Hinblick auf ein bestimmtes, individuali-

firtes Unternehmen" vorgenommen sein müsse (vgl. jedoch § 43 N. 5_4). Weiter gehen noch: **RG.** IV 27. Mai 87 E. **16** 133, Merkel S. 122 u. HH. **3** 801, **4** 448, Berner S. 583, 586, Geyer 2 104, v. Liszt S. 546, Oppenh. N. 10 u. Rüd.-St. N. 9, insofern sie in der Herstellung der falschen Urk., unter Voraussetzung der erforderlichen Absicht, unbedingt einen Versuch sehen. Dagegen wird ein solcher von Rubo N. 11, Cohn Versuch **1** 640, Baumgarten Versuch S. 413 u. Kohler Studien **I** 18 überhaupt verneint.

Uebrigens führt die Konsequenz zweifellos dahin, daß unter Umständen auch schon der bloße Beginn der Herstellung des Falsifikats als Versuch sich darstellen kann; so: Merkel, v. Liszt, F. Meyer, aO.; aM. Oppenh. § 267 N. 22, wo er jedoch, abweichend von § 268 N. 10, „höchstens" einen Versuch als vorliegend ansieht, wenn es zum Gebrauche nicht gekommen. Mit Recht verneinte dagegen **RG.** III 17. Dez. 85 E. **13** 212 das Vorliegen eines Versuchs in einem Falle, wo die Hdlg. des Thäters, welcher die von ihm beabsichtigte Urkflschg. durch Holzdruck begehen wollte, nur bis zur Herstellung des Holzstockes und Anfertigung eines Probedruckes vorgeschritten war (vgl. § 43 N. 12).

Zweifellos kann hiernach ferner in der Uebergabe der falschen Urk. an einen gutgläubigen Dritten, damit dieser dieselbe einem Dritten zum Zwecke der Täuschung vorlege, ein Versuch gefunden werden, sofern nicht den Umständen nach in jener Hdlg. schon ein „Gebrauchmachen zum Zwecke der Täuschung" liegt (vgl. § 267 N. 36); so insbs.: Dresden 25. Juli 73, München 5. Aug. 76, St. **3** 133, **6** 343; aM. Baumgarten Versuch S. 415 N. 19 btr. Möglichkeit einer bereits vollendeten That.

8) Wegen Theilnahme vgl. § 267 N. 49. Derjenige, welcher in rechtswidriger Absicht und in der speziellen, im § 268 charakterisirten Absicht, eines Anderen sich bedient, der, ohne in die Intentionen jenes vollständig eingeweiht zu sein, lediglich in rechtswidriger Absicht eine Urkflschg. aus § 267 begeht, macht sich selbst der schweren Urkflschg. aus § 268 schuldig; **RG.** III 8. Dez. 80 E. **3** 95.

9a) Wegen des Verhältnisses zur Unterschlagung (§ 246) vgl. § 263 N. 47, 56 e α.

b) Der Betrug (§ 263) hat mit der schweren Urkflschg. zwar dadurch, daß diese in ihrer einen Modalität die „gewinnsüchtige Absicht" erfordert (N. 2), eine nahe Berührung; doch ist das Verbr. des § 268 weder, wie die Motive anzunehmen scheinen, lediglich „ein ausgezeichneter Fall des Betruges", noch geht der Betr. im Reate des § 268 auf; **RG.** I 3. Mai 80 E. **2** 42. Als wesentliche Unterschiede zwischen Betr. und der bezeichneten Modalität der schweren Urkflschg. bleiben immer bestehen: Die schwere Urkflschg. erfordert den Gebrauch einer falschen Urk. „als Urkunde" derartig, daß die Täuschung eines Anderen durch Ermöglichung der Einsicht derselben bewirkt werden soll (vgl. § 267 N. 24 ff., 35, 37), während der Betr. auch durch eine echte, aber inhaltlich unwahre Urk. (Stuttgart 15. Nov. 72 St. **2** 198), ferner auch durch eine bloße Verweisung auf eine Urk. (München 14. Dez. 77 St. **8** 231), endlich auch durch Benutzung der Urk. nicht als Urk., sondern in einer anderen Eigenschaft (**RG.** III 5. Feb. 81 E. **3** 337), bewirkt werden kann. Die schwere Urkflschg. fordert ferner nur eine auf einen „Vermögensvortheil" gerichtete Absicht (N. 1, 2), während beim Betr. ein rechtswidriger Vermögensvortheil erstrebt werden muß. Dazu kommt, daß die schwere Urkflschg. den Eintritt einer „Vermögensbeschädgg." (N. 5) nicht erfordert, während der Betr., wenigstens der vollendete, eine solche voraussetzt.

Es ergiebt sich hieraus, daß die schwere Urkflschg., selbst in der oben bezeichneten Richtung, mit dem Betr., und zwar auch mit dem Versuch desselben, in Idealkonk. (§ 73) treten kann. So die GM., insbs.: **RG.** III 3. Dez. 79, 18. Dez., I 3. Mai 80, E. **1** 111, **2** 42, **3** 169, München 15. Apr. 73, Mannheim 73, 6. Nov. 75, Wolfenbüttel 12. März 77, St. **2** 293, **7** 161, 164. AM.: Dresden 18. Dez. 71, 13. Jan. 73, St. **1** 297, **2** 294, Merkel HH. **3** 801 (§ 268 schließe § 263 aus), auch Hälschner **2** 554, der jedoch die Konsequenz der gegnerischen Ansicht für den Fall anerkennt, daß die qualif. Urkflschg. eine auf einen rechtswidrigen Vermögensvortheil gerichtete Absicht nicht erfordere. Bei vorliegender Idealkonk. mit Betr. ist zu beachten, daß die Strafandrohungen des § 263 die milderen sind, daß dagegen § 264 eine härtere Strafe androht als Nr. 1 und eine gleiche wie Nr. 2 des § 268. Gerade mit Rücksicht auf den § 264 ist es übrigens von praktischer Wichtigkeit im Falle vorliegender

Idealkonk. auch dann, wenn die Bestrafung wegen schwerer Urkflschg. erfolgen muß, dennoch die Verurtheilung zugleich wegen „Betruges" eintreten zu lassen (vgl. § 73 N. 24 b).

10) Die ordentliche Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus (§ 14_1) u. zwar im Falle der Nr. 1 von 1—5 J., im Falle der Nr. 2 von 1—10 J. Im Falle mild. Umst. (Th. I Abschn. 4 N. 13a ff.) tritt Gefängnißstr. bis 5 J. (§ 16) ein u. zwar im Falle der Nr. 1 von 1 W., im Falle der Nr. 2 von 3 Mt. an. Außerdem ist in allen Fällen Geldstr. fakultativ zuläßig (§ 27), u. zwar im Falle der Nr. 2 von 150 — 6000 M., sonst von 3 — 3000 M.; in den Fällen der Nr. 1 u. 2 ist sie nach § 28_2 für den Nichtbeitreiblichkeitsfall in Zuchth. umzuwandeln. Als Nebenstrafe ist durchweg nach § 32 VbbER. zuläßig.

Der Versuch (N. 7) wird nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 bestraft.

11) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in zehn Jahren.

Zuständig ist im Falle: der Nr. 1 Strafk.; GVG. § 73²;
der Nr. 2 SchwG.; GVG. §§ 80, 73²⁻⁷, 136¹.

§. 269.

Der fälschlichen Anfertigung einer Urkunde wird es gleich geachtet, wenn Jemand einem mit der Unterschrift eines Anderen versehenen Papiere ohne dessen Willen oder dessen Anordnungen zuwider durch Ausfüllung einen urkundlichen Inhalt gibt.

PrStGB. § 248. Entw. I § 242, II § 264.

1) Die Bedeutung des § 269 geht lediglich dahin, daß die daselbst bezeichnete Hdlg. der „fälschlichen Anfertigung einer Urkunde" gleichgeachtet wird (§ 267 N. 1, 24). Es handelt sich aber weniger um eine „authentische Interpretation des § 267", wie Rubo das. N. 1 annimmt, als darum, daß eine Modalität hinsichtlich eines einzelnen Thatbestandsmerkmales der, einfachen bzw. schweren Urkflschg. aufgestellt wird, während im übrigen das Vorliegen des Thatbestandes des § 267 bzw. § 268 die Voraussetzung für die Anwendung des § 269 bildet; RG. II 18. Jan. 81 E. 3 227, Dresden 17. Sept. 77 St. 8 249, Hälschner 2 555.

2) Die im § 269 der „fälschlichen Anfertigung einer Urk." (§ 267 N. 30 ff.) gleichgeachtete Thätigkeit besteht darin, daß „einem mit der Unterschrift eines Anderen versehenen Papiere ohne dessen Willen oder dessen Anordnungen zuwider durch Ausfüllung ein urkundlicher Inhalt gegeben wird".

Es ergiebt sich daraus, daß § 269 nur ein bestimmtes Urkundenmaterial im Auge hat und zwar, im Gegensatz zu den §§ 267 (das. N. 3a), 268, nur „Papier", freilich im weitern S. des gewöhnlichen Lebens, wonach namentlich auch „Pergament" hierher gehört; Rubo N. 2.

3) Das „Papier" muß mit der „Unterschrift" eines Anderen versehen sein. Dadurch ist zunächst nicht ausgeschlossen, daß das Papier nicht noch einen weiteren Inhalt trage; Mannheim 5. Mai 73 St. 3 221. Nur darf dieser Inhalt i. V. mit der „Unterschrift" nicht bereits eine Urk. i. S. des § 267 ausmachen; denn § 269 beruht, wie die Motive bemerken, gerade auf der Voraussetzung, daß „die Ausfüllung in einer Weise erfolge, daß das ausgestellte Blankett nunmehr als eine Urk., wie sie im § 267 bezeichnet wird, sich darstelle"; anderenfalls würde ja durch einen — rechtserheblichen — Zusatz der Thatbestand des § 267 erfüllt werden; so die GM., insbs. Dresden 4. Mai 74 St. 5 131 sowie die u. N. 5a citt. Entsch.; aM. RG. III 9. Dez. 86 E. 15 67, welches mit Hinweis darauf, daß auch ein reines Blankoaccept der Beweiserheblichkeit nicht entbehre, dafür erachtet, daß § 269 nur dann ausgeschlossen sei, wenn bereits eine fertige Urk. vorliege; das entscheide sich aber nicht darnach, ob das Schriftstück nach einer beliebigen Richtung hin als Urk. anzusehen sei, sondern darnach, ob diejenige Urk. bereits vollendet vorhanden sei, welche das Schriftstück bei vollständiger Ausfüllung zum Ausdruck zu bringen bestimmt sei. Das Gesagte gilt namentl. auch dann, wenn der über der Unterschrift befindliche

urkundliche Inhalt gänzlich beseitigt und dann dem Papier ein vollständig neuer urkundlicher Inhalt, unter Benutzung der Unterschrift, gegeben wird (vgl. § 267 N. 28c).

Hieraus ergiebt sich einmal, daß es darauf nicht ankommen kann, daß das Papier gerade mit einer Unterschrift versehen ist; gemeint ist vielmehr nur, daß dasselbe eine Namensschrift tragen müsse, welche die Möglichkeit gewährt, daß sie in Verbindung mit einer vorgenommenen Ausfüllung des Papiers eine Urk. bilde; so die GM.

Es kann aber weiter auch darauf nicht ankommen, daß das Papier eine Unterschrift trage; denn da § 268 den Fall vorsieht daß durch den Mißbrauch eines Blanketts eine Urk. hergestellt wird, so ist nicht der „geschriebene Name" eines Ausstellers erforderlich, sondern genügt jede Unterschrift in dem § 267 N. 18 entwickelten S., namentl. auch eine durch mechanische Vervielfältigung hergestellte, weil solche ihrerseits zur Herstellung eines Schriftstückes mit urkundlichem Inhalte ausreicht. So: RG. III 13. Nov. 90 E. 21 183, Puchelt N. 4. AM.: Dresden 16. Mai 73 St. 3 132, Oppenh. N. 2, v. Schwarze § 267 N. 3 A. 6.

4) Einem mit der Unterschrift eines Anderen, in dem N. 3 erläuterten S., versehenen Papier, einem sog. Blankett, muß „durch Ausfüllung" ein „urkundlicher Inhalt" gegeben worden sein; daß es hierbei um einen „urkundlichen" Inhalt i. S. des § 267 sich handelt, derartig, daß er von rechtlicher Erheblichkeit sein muß (§ 267 N. 3c), kann keinem Bedenken unterliegen; Merkel HH. 4 445 u. HRgutachten S. 41.

Aus dem in N. 1 Bemerkten folgt übrigens, daß, wenn die „Ausfüllung" des Blanketts in der im § 268 bezeichneten Absicht geschieht, den Nr. 1 u. 2 desselben entsprechend zu unterscheiden ist, ob dem Blankett der Inhalt einer Privat- o. einer öffentl. Urk. gegeben wird.

5) Die Ausfüllung selbst muß geschehen sein entweder gänzlich unerlaubt, „ohne den Willen" des Ausstellers der Unterschrift (vgl. z. B. RG. I 6. Dez. 80 E. 3 142), oder in einer inhaltlich unrichtigen Weise „dessen Anordnungen zuwider", also unter Mißbrauch des ertheilten Vertrauens, indem ein anderer als der verabredete Inhalt gegeben wird; so die GM. In der Praxis ist diese letztere Alternative z. B. angenommen:

a. bei Ausfüllung eines mit der Unterschrift eines Anderen versehenes Papieres, das dieser in bestimmter Höhe mit einem rechtsverbindlichen Inhalte zu versehen gestattet hatte, mit einem höheren Betrage; so: das cit. RG. 6. Dez. 80, Dresden 23. Nov. 74, 27. Aug. 77, St. 5 136, 7 338, Berlin 11. Jan. 72 O. 13 30, sämmtlich auf die Ausfüllung von Wechselblanketten (Accepten bzw. Giros) bezüglich;

b. bei Ausfüllung eines solchen Papieres, das der Aussteller der Unterschrift mit einem bestimmten rechtsverbindlichen Inhalte auszufüllen gestattet hatte (z. B. mit einem Darlehnsschein), mit einem anderen rechtsverbindlichen Inhalte (z. B. mit einem Wechsel); Berlin 8. Nov. 76 O. 17 718.

6) Konkurrenz, und zwar je nach Umständen ideale (§ 73) oder reale (§ 74), mit Betr. (§ 263) ist in der Weise denkbar, daß Jemand zunächst einen Anderen durch Täuschung zur Hergabe seiner Unterschrift auf einem Blankett bestimmt, demnächst aber dem erlangten Blankett einen urkundl. Inhalt ohne den Willen des Getäuschten giebt. AM. Dresden 16. Apr. 75 St. 6 5, welches in der Benutzung der durch Betr. erlangten Unterschrift eine konkurrirende Strafthat überhaupt nicht sieht, höchstens aber Idealkonk. annimmt.

§. 270.

Der Urkundenfälschung wird es gleich geachtet, wenn Jemand von einer falschen oder verfälschten Urkunde, wissend, daß sie falsch oder verfälscht ist, zum Zwecke einer Täuschung Gebrauch macht.

PrStGB. § 249. Entw. I § 243, II § 265. StB. S. 717.

1) Abweichend vom § 269 (das. N. 1) bezeichnet § 270 nicht eine Thätigkeit, die einem Einzelakte der strafb. Urkflschg. gleich geachtet wird, vielmehr stellt § 270 einen selbständigen

Thatbestand auf, welcher „der Urkundenfälschung" selbst „gleich geachtet" wird (vgl. § 267 N. 1); Puchelt N. 1, Rubo N. 1.

Diese Gleichachtung geschieht freilich im unmittelbaren Anschluß an den in den §§ 267, 268 bzw. 269 aufgestellten Thatbestand der Urkflschg. i. e. S., woraus sich als zweifellos ergiebt:

a) Der § 270 hat ausschließlich Urk. der im § 267 bezeichneten Art im Auge (so auch die Motive u. **RG.** I. 8. Nov. 80, II 1. Feb. 84, 20. März 85, 26. Okt. 86, **E. 2** 425, **10** 68, **12** 112, **15** 4); vgl. deshalb § 267 N. 2—22, 30. Da es im § 270 lediglich um eine stillschweigende Bezugnahme auf die vorangegangenen §§. bzw. den dort vorausgesetzten Urkundenbegriff sich handelt, so bedarf es auch bei Anwendung des § 270 nothwendig der Feststellung, daß es um eine Urk. i. S. des § 267 sich handele.

b) Der § 270 setzt jedenfalls eine „rechtswidrige Absicht" i. S. des § 267 (das. N. 46) voraus; so die GM., insbs.: Berlin 14. Nov. 72, 6. März, 5. Juni 78, 20. März 77, Dresden 17. Sept. 77, O. **13** 597, **19** 109, 302, St. **7** 175, **8** 249; aM. allein Rubo N. 1, der sogar die obige Ansicht als „eine Beugung des Rechts" bezeichnet, ohne übrigens in N. 4 ein Bedenken zu finden, btr. des zu a gedachten Punktes der GM. sich anzuschließen. Da aber bezüglich dieses subjektiven Momentes nicht, wie beim Urkundenbegriff, eine, wenn auch nur stillschweigende Bezugnahme auf den § 267 vorliegt, dasselbe vielmehr nur durch den inneren Zusammenhang der Vorschriften gefordert erscheint, so ist die ausdrückliche Feststellung der rechtswidrigen Absicht im nicht-schwurgerichtl. Verfahren nur bei angeregtem Zweifel geboten, im schwurgerichtl. Verfahren aber unzulässig; aM. **RG.** II 20. März 85 **E. 12** 112, wenn auch i. S. der StPO. § 293 unter den „gesetzl. Merkmalen" nur die im Strafgesetze ausgedrückten zu verstehen seien, so sei es doch im § 270 bezügl. des Gebrauchmachens bei den Merkmalen der §§ 267—269 belassen und sei damit, da § 267 die rechtswidrige Absicht nicht nur bei der Flschg., sondern auch bei dem späteren Gebrauche erfordere, zum Ausdruck gebracht, daß im Falle des § 270 die rechtswidrige Absicht mit als „Thatbestandsmerkmal" zu gelten habe, weshalb dieselbe in die schwurgerichtl. Frage aufzunehmen sei; ebenso Löwe StPO. § 293 N. 3c.

c) Liegt im Falle des § 270, außer der „rechtswidrigen Absicht", auch noch die im § 268 bezeichnete Absicht (das. N. 2—4) vor, so muß die Bestrafung nach § 268 erfolgen (vgl. auch den bei der sog. intellektuellen Urkflschg. entsprechenden § 273); so, außer den Motiven, namentl. Berlin 15. Feb. 78 St. **8** 250.

2) Hiernach besteht die Abweichung des im § 270 aufgestellten Thatbestandes gegenüber demjenigen der Urkflschg. i. e. S. lediglich darin, daß statt der „Herstellung eines falschen, urkundlichen Beweismittels" (§ 267 N. 24—34) das Wissen davon, daß die „falsche oder verfälschte" — öffentliche o. private für Rechtsverhältnisse beweiserhebliche — „Urkunde" eine „falsche oder verfälschte" sei, gefordert wird. Der zweite Akt der Urkflschg. i. e. S., „das Gebrauchmachen von der falschen oder verfälschten Urkunde zum Zwecke der Täuschung" (§ 267 N. 35—42), bildet somit allein den Inhalt der aus § 270 strafb. Hdlg.

Eine i. S. der §§ 267, 269 „falsche oder verfälschte Urkunde" ist hiernach die objektive Voraussetzung des § 270. Dagegen wird nicht verlangt, daß die Urk. durch eine aus den §§ 267—269 bzw. 43, 48, 49 strafb. Hdlg. zu einer „falschen oder verfälschten" geworden oder auch nur, daß die fälschliche Herstellung in „rechtswidriger Absicht" erfolgt sei; **RG.** II 8. Apr. 81 **E. 4** 69, Berlin 20. März 77 St. **7** 175, Hälschner **2** 555, Merkel HH. **3** 802, Rüd.-St. N. 2, v. Buri GS. **36** 314. Gerade deshalb findet § 270 auch dann Anwendung, wenn der von der Urk. zum Zwecke der Täuschung Gebrauch Machende diese früher selbst, jedoch nicht „in rechtswidriger Absicht", verfälscht oder fälschlich angefertigt hatte (vgl. § 267 N. 1); so die GM., insbs., außer dem cit. **RG.**, Dresden 13. Jan. 73 St. **2** 294. Ein weiterer Fall der Anwendung des § 270 liegt dann vor, wenn die Herstellung des falschen urkundlichen Beweismittels „in rechtswidriger Absicht" erfolgt und dasselbe schon früher zum Zwecke der Täuschung gebraucht worden war, nunmehr aber durch eine fernere selbständige Handlung von Neuem davon Gebrauch gemacht wurde; so Jena 74 St. **6** 11 sowie die § 267 N. 50a citt. **RG.** 2. Feb. 81 u. Dresden 4. Mai 74.

3) Ein Versuch (§ 43) des Deliktes aus § 270 liegt vor, sobald mit dem „Gebrauchmachen" begonnen worden ist; Geyer 2 104, v. Liszt S. 546. Wegen der Möglichkeit eines „Beginnes" des Gebrauchmachens vgl. §§ 267 N. 36, 268 N. 7.

Wegen Theilnahme (Th. I Abschn. 3) an einem Delikte aus § 270 vgl. § 267 N. 49.

4) Wg. Strafe, Verjährung u. Zuständigkeit vgl. §§ 267 N. 52, 268 N. 10, 11.

§. 271.

Wer vorsätzlich bewirkt, daß Erklärungen, Verhandlungen oder Thatsachen, welche für Rechte oder Rechtsverhältnisse von Erheblichkeit sind, in öffentlichen Urkunden, Büchern oder Registern als abgegeben oder geschehen beurkundet werden, während sie überhaupt nicht oder in anderer Weise oder von einer Person in einer ihr nicht zustehenden Eigenschaft oder von einer anderen Person abgegeben oder geschehen sind, wird mit Gefängniß bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark bestraft.

PrStGB. § 255. Entw. I § 250, II § 266.
Vgl.: § 273, SeemannsO. §§ 93, 99₂.

Zu §§ 271—273. N. 1, 2.

1) Der eigentlichen, sog. materiellen, Urkflschg. (§§ 267—270) werden die Fälle der sog. intellektuellen Urkflschg. in den §§ 271—273 in wesentlicher Uebereinstimmung mit der dort gewählten Disposition angereiht, indem nämlich: § 271 (entsprechend den §§ 267, 269) die einfache, § 272 (entsprechend den §§ 268, 269) die schwere intellekt. Urkflschg. behandelt, während § 273 (entsprechend dem § 270) der intellekt. Urkflschg. i. e. S. einen gewissen anderen Thatbestand gleichachtet.

Wie übrigens die Bezeichnung „materielle Urkflschg." unzutreffend ist, weil es gerade im Falle der §§ 267 ff. auf die materielle Unrichtigkeit nicht ankommt, so ist auch sein Gegensatz „intellektuelle Urkflschg." irreleitend, weil hier die Urk. echt und nur ihr Inhalt materiell unrichtig ist; so: RG. I 29. Juni 83 N. 7 438, v. Liszt S. 547, H. Meyer S. 945 N. 103, Schütze S. 489 N. 17.

2) Die sog. intellekt. Urkflschg. bezieht sich objektiv nur auf „öffentliche Urkunden, Bücher und Register", nicht aber auf Privaturkunden. Nun zeigt zwar an sich die Erwähnung von „öffentlichen Büchern und Registern" neben „öffentlichen Urkunden", daß der Gesetzgeber keineswegs jedes den Charakter der „Oeffentlichkeit" an sich tragende „Buch oder Register" als „öffentliche Urk." ansieht (Merkel HRgutachten S. 35). Allein diejenigen „öffentlichen Bücher u. Register", welche § 271 im Auge hat, sind ausweislich des weiteren Inhaltes dieses §. trotzdem nothwendig „öffentliche Urkunden" in dem § 267 N. 5 ff. erläuterten S.; denn Voraussetzung ist nicht nur, daß in ihnen „Erklärungen rc. als abgegeben oder geschehen beurkundet" worden sind, sondern speziell noch solche Erklärungen, „welche für Rechte oder Rechtsverhältnisse von Erheblichkeit sind". Oeffentliche Bücher u. Register aber, d. h., nach der zutreffenden Ausführung von Rubo N. 5, solche, welche öffentlichen Glauben besitzen, mit dem eben charakterisirten Inhalte entsprechen durchweg den Erfordernissen einer „öffentlichen Urk." (vgl. § 267 N. 3, 4, 5—9). Für den Thatbestand der sog. intellekt. Urkflschg. sind somit die „öffentlichen Bücher u. Register" nur besondere Arten der „öffentlichen Urkunden" überhaupt; so: Hälschner 2 557, v. Liszt S. 547, Oppenh. N. 6; aM. Meves HH. 3 993.

Auf Grund der Reichsgesetzgebung sind namentl. die Handels-, die Schiffs- u. die Standesregister als „öffentliche" anzusehen; vgl.: HGB. Art. 12₂, G. btr. d. Nationalität der Kauffarteischiffe v. 25. Okt. 1867 § 4, PersonenstdsG. § 15. Dagegen kommt den nach der BundesrathsV. v. 16. Juni 1882 (Centralbl. d. DR. S. 309) seitens der StAschaften zu führenden „Strafregistern" keine Urkqualität i. S. des § 271 zu, da dem Registerbeamten nicht die Aufgabe zugewiesen ist, eine selbständige Beurkundung vorzunehmen; RG.

I 19. Sept. 87 R. 9 432. Ferner soll nach RG. IV 3. März 85 E. 12 62 (ebenso Oppenh. N. 16) die vom Standesbeamten zwar unterschriebene, aber in dessen Abwesenheit von einer anderen Person bewirkte Eintragung in das Standesregister die Bedeutung einer öffentl. Urk. nicht beanspruchen können, da § 271 voraussetze, daß die Beurkundung der Unwahrheit durch die Täuschung des Beamten herbeigeführt sei; vgl. jedoch § 348 N. 4.

Was die nach der Landesgesetzgebung zu führenden Bücher 2c. betrifft, so ist zunächst:

a. für Preußen die Eigenschaft als „öffentl. Register" bejaht: hinsichtlich der auf Grund des Regl. für die Gefängnisse der Justizverwaltung (PrJMBl. 1881 S. 50) zu führenden „Gefangenbücher I u. II", weil es sich hier um Beurkundungen im öffentl. Interesse, nicht um solche für den inneren Dienst handele; RG. II 5. Jan. 83, 4. Nov. 84, IV 24. Juni 85, E. 7 373, 11 188, 12 315 (s. jedoch u. unter b); btr. der im Gebiete des PrALR. von den Pfarrern zu führenden Kirchenbücher, insbs. den Taufregistern; RG. IV 23/30. Juni 91 E. 22 118; dagegen verneint: btr. des Einwohnermelderegisters in Berlin; RG. II 2. Juni 85 E. 12 228; btr. der in der Provinz Hannover bei den Standesämtern geführten sog. Personalnachrichten über die persönl. Verhältnisse der Verlobten; RG. III 12. Dez. 89 E. 20 249;

b. für Bayern die Eigenschaft der Strafgefangenenverzeichnisse der Gefängnißwärter als „öffentl. Urk." bejaht; RG. I 15. Feb. 92 E. 22 345;

c. für Württemberg verneint, daß die Bewirkung der Eintragung eines falschen Namens, sei es in die „gerichtl. Liste f. Untersuchungsgefangene", sei es in die vom Amtsrichter behufs Strafvollstreckung erlassene Verfügung unter § 271 falle, weil weder anzunehmen, daß der Gefangenwärter durch seine Einträge öffentl. Urk. mit authentischer Beweiskraft, insbs. hinsichtlich der Identität der Gefangenen, herstellen solle (s. jedoch o. zu a), noch daß die richterl. Weisung den Zweck habe, die Richtigkeit des im Urtheil angegebenen Namens des Verurtheilten festzustellen; RG. I 1. Apr. 86 E. 14 11, 19. Sept. 87 (s. o).

Zu § 271. N. 3—13.

3) Die Handlung besteht im Falle des § 271 wesentlich in dem vorsätzlichen „Bewirken", daß eine öffentl. Urk. (vgl. N. 2) sofort bei ihrer Errichtung einen materiell unrichtigen Inhalt in näher bezeichneter Weise erhält, d. h. also in jeder dolosen Hdlg., durch welche, ohne Unterschied des Mittels, die unwahre Beurkundung verursacht ist, weshalb es gleichgültig ist, ob unmittelbar persönliche Erklärungen abgegeben werden; RG. I 7. Mai 83 R. 5 331. Dieses „Bewirken" geschieht aber durch eine Einwirkung auf den Beurkundenden, der selbst, ohne Kenntniß von der materiellen Unwahrheit des zu Beurkundenden, getäuscht sein muß; anderenfalls würde § 348 i. V. mit den §§ 48 f. Platz greifen; so die GM., insbs.: RG. II 3. Juni 81, III 19. Okt. 85, E. 4 246, 13 52, I 14. Jan., 25. Feb. 86, R. 8 46, E. 13 367, Dresden 24. Juli 71, Berlin 7. Dez. 76, St. 1 136, 7 177; aM. v. Schwarze N. 6. Uebrigens kann die täuschende Einwirkung auf den Beurkundenden auch eine mittelbare sein, indem z. B. zunächst der die Urk. vorbereitende Gehülfe getäuscht wird; cit. RG. 25. Feb. 86. Zur Anwendbarkeit des § 271 ist aber weiter nichts zu erfordern, als daß das Vorliegen einer Theilnahme am Amtsverg. nicht festzustellen ist, keineswegs aber die Feststellung, daß der Beamte nicht vorsätzlich gehandelt habe; so cit. RG. 19. Okt. 85.

4) Die bewirkte Beurkundung muß betreffen „Erklärungen, Verhandlungen oder Thatsachen, welche für Rechte oder Rechtsverhältnisse von Erheblichkeit sind". Also „Rechtserheblichkeit" der beurkundeten Erklärungen wird gefordert, nicht die „Beweiserheblichkeit der Beurkundung für Rechtsverhältnisse", die sich bei einer „öffentlichen" Beurkundung von selbst versteht (vgl. § 267 N. 4, 11, 14); so: Hälschner 2 588, Rubo N. 3; aM. jedoch RG. II 29. Nov. 81 E. 5 175, das Moment der Erheblichkeit begreife auch die Beweiserheblichkeit für Rechte 2c. in sich.

Wegen des Begriffs der „Rechtserheblichkeit" kann auf § 267 N. 11 ff. verwiesen werden; der N. 11_3 das. gemäß hat das cit. RG. 29. Nov. 81 angenommen, daß das Gesetz die Erheblichkeit für Rechte 2c. überhaupt verlange, also nicht nothwendig für Rechte Dritter, so daß namentl. die Erheblichkeit für Rechtsverhältnisse publizist. Natur genüge.

5) In der Praxis ist beispielsweise für „rechtserheblich"

I. erachtet worden (vgl. § 267 N. 12):

a. die bei der verantwortlichen Vernehmung zu Protokoll gegebene Erklärung (u. zwar seitens eines Dritten statt des verantwortlich zu Vernehmenden); RG. I 27. Apr. 80 R. 1 686;

b. die zum Geburtsregister dahin abgegebene Erklärung, daß der Anmeldende bei der Geburt des Kindes zugegen gewesen sei; RG. II 20. Mai 81 E. 4 194 (s. jedoch N. 6a); bzw. daß die Geburt in einer bestimmten Ortschaft erfolgt sei; RG. III 16. Nov. 81 R. 3 717;

c. die zum Sterberegister gemachte Aufgabe über eine angeblich zwischen der Anzeigenden und dem Erzeuger des unehel. Kindes, dessen Tod gemeldet wurde, bestehende Ehe; RG. IV 17. Jan. 88 R. 10 42;

d. die schriftliche Erklärung eines Gemeindevorstehers, daß der Aushang eines Aufgebotes an einem bestimmten Orte, z. B. am Schulhause, erfolgt sei (selbst wenn dieses nicht die zu Bekanntmachungen der Gemeindebehörde bestimmte Stelle ist); Berlin 7. Dez. 76 St. 7 177;

e. unter Umständen die Besitznahme bei Vornahme einer Pfändung, auch wenn der Pfändungsakt selbst wegen formalen Verstoßes unwirksam ist; RG. IV 29. Mai 85 R. 7 338 (btr. § 348);

II. nicht erachtet worden (vgl. § 267 N. 13):

a. die Zahl des im Besitze eines Deutschen befindlichen Viehes, angegeben in Folge einer seitens des Reichskanzleramtes angeordneten allg. Viehzählung zu statistischen Zwecken; Berlin 7. Sept. 74 St. 4 194;

b. die bei einer Testamentspublikation abgegebene (nach der konkreten Sachlage gleichgültige) Erklärung eines Miterben, daß er verheirathet sei; Dresden 13. Feb. 77 St. 7 339.

6) Bezüglich der Frage, wann eine rechtserhebliche Thatsache für „beurkundet" und speziell für „mit öffentlichem Glauben beurkundet" zu gelten hat, sind § 267 N. 3, 5 (insbs. das N. 5b cit. RG. IV 23/30. Okt. 88 R. 10 589) bzw. § 348 N. 6 zu vergleichen; dementsprechend hat Berlin 26. Mai 75 O. 16 387 die durch einen unberechtigten Dritten (nämlich einen vom Gefängnißbeamten beauftragten Strafgefangenen) bewirkte Eintragung in ein öffentl. Register (eine Gefangenliste) für eine Beurkundung i. S. des § 271 nicht erachtet.

Nach den allg. Grundsätzen über „Beurkundung" kann eine rechtserhebliche Erklärung 2c. nur dann in einer öffentl. Urk. als abgegeben beurkundet gelten, wenn die Beweiskraft der Urk. auf jene Erklärung sich mit erstreckt; soweit dieses nicht der Fall, liegt eine Beurkundung garnicht vor; so beweist z. B. eine über ein simulirtes Geschäft errichtete Urk. nicht die „Thatsache" des wirklichen Geschäftsabschlusses, ein Protokoll über die verantwortliche Vernehmung eines Angeschuldigten nichts hinsichtlich der Wahrheit seiner thatsächlichen Auslassungen. So die GM., insbs. RG. I 21. Mai 87 E. 16 87.

In der Praxis ist z. B. I. angenommen, daß beurkundet werden:

a. Thatsachen; durch die ordnungsmäßig geführten Standesregister diej. Thats., zu deren Beurkundung sie bestimmt und welche in ihnen eingetragen sind, gemäß PersonenstdsG. § 15; deshalb insbs. durch die Geburtsregister nach § 22 das. nicht nur alle für den Personenstd. des Kindes rechtserheblichen Thatsachen, sondern auch nach Nr. 1 das. „Vor- und Familiennamen, Stand o. Gewerbe u. Wohnort des Anzeigenden" (dagegen nicht — trotz der Rechtserheblichkeit — N. 5 I b — die Thatsache, daß der Anmeldende der Geburt beigewohnt habe; RG. II 20. Mai 81 E. 4 194; vgl. jedoch u. N. 7 III a); ferner nsbs. durch die Sterberegister die nach § 59 das. einzutragenden Thatsachen, also namentl. der Familienname des Verstorbenen u. s. Eltern, weshalb das N. 5 I c cit. RG. 17. Jan. 88 mit Recht annahm, daß die bei der Anzeige zum Sterberegister gemachte unwahre Angabe über eine zwischen der Anzeigenden u. dem Erzeuger ihres unehel. Kindes, dessen Tod beurkundet werden sollte, bestehende Ehe den Thatbestand des § 271 darstelle;

b. Erklärungen;

α. durch die Anmeldungen zum Handelsregister (HGB. Artt. 12 ff.), auch insoweit es um die in HGB. Art. 19 vorgeschriebenen Zeichnung der Firma sich handelt; RG. I

5. Nov. 88 E. 18 179 (dagegen seien die Handelsregister nicht bestimmt, Urkundenbeweis über die thatsächliche Richtigkeit der Anmeldungserklärung ihrem Inhalte nach zu erbringen);

β. durch die nach StPO. § 272 aufgenommenen sog. Audienzprotokolle sowie durch die Straflisten insbs. die Erklärungen des Angekl. über seinen Namen; **RG.** II 21. Jan., 29. Nov., 18. Feb. 81, E. 3 204, 5 175, R. 3 58, Berlin 29. Juni 77 St. 7 340 (vgl. jedoch u. N. 7 IVb);

II. verneint, daß beurkundet werden:

a. durch die nach dem PersonenstdsG. (s. übrigens auch o. a) zu protokollirenden Aufgebotsanträge u. Aufgebote selbst die für die äußere Erkennung der Verlobten u. ihre Persönlichkeit bestimmten Identitätsmerkmale (**RG.** III 4. Juni 91 E. 22 60), bzw. durch die vorgeschriebenen Eintragungen in ein Heirathsregister die persönl. Verhältnisse der nach § 52 das. zugezogenen Ehezeugen, insbs. der durch § 53 instruktionell erforderten Großjährigkeit (**RG.** III 20. Jan. 87 E. 15 256), bzw. der Personenstand des einen Todesfall Anzeigenden (z. B. als Wittwe, statt als blos separirt lebende) durch das Sterberegister; (**RG.** I 21. Mai 87 [s. o.], III 12. Dez. 89 E. 20 249), durch die nach GewerbeO. § 110 vorgeschriebenen Eintragungen in die Arbeitsbücher die persönl. Verhältnisse des Arbeiters; (**RG.** III 30. Juni 90 E. 21 31);

b. durch die nach dem G. btr. die Krankenversicherung der Arbeiter v. 15. Juni 1883 § 49 seitens einer Gemeindebehörde über die Anmeldungen versicherungspflichtiger Personen durch die Arbeitgeber geführten Verzeichnisse die Richtigkeit der angemeldeten Thatsachen; **RG.** III 4. Apr. 87 E. 15 414;

c. in Bayern durch die vom Leichenschauer ausgefertigten Todtenscheine der Tag u. die Stunde des Todes (**RG.** I 30. Nov. 82 E. 7 335), bzw. durch die von den Gefängnißwärtern zu führenden Verzeichnisse der Untersuchungs- bzw. Strafgefangenen bzw. die von jenen zu erstattenden Anzeigen die Richtigkeit der Namen, des Gewerbes u. Wohnortes der btr. Gefangenen; **RG.** I 4. Feb. 86, 3. Mai 88, E. 13 334, 17 402; bzw. durch ein von einem öffentl. Fleischbeschauer über das Ergebniß der von ihm vorgenommenen Untersuchung eines von einem Gewerbetreibenden geschlachteten Thieres ausgestelltes Zeugniß die Richtigkeit des Namens u. Wohnortes des früheren Besitzers des Schlachtthieres; **RG.** III 13. März 90 E. 20 313.

7) Die vom Thäter bewirkte Beurkundung muß eine materiell unrichtige sein, und zwar, ausweislich des Gesetzes, derartig, daß rechtserhebliche Erklärungen, Verhandlungen und Thatsachen als — von einer existirenden oder nicht existirenden Person (**RG.** II 29. Nov. 81 E. 5 175) — abgegeben oder geschehen beurkundet werden, während sie thatsächlich entweder: I. überhaupt nicht, oder II. in anderer Weise, oder III. von einer Person in einer ihr nicht zustehenden Eigenschaft, oder IV. von einer anderen Person abgegeben oder geschehen sind. Die Stellung der Praxis ist folgende:

I. Angenommen wurde die Beurkundung einer „überhaupt nicht“ geschehenen „Thatsache“, nämlich:

a. daß der die Vaterschaft eines unehelichen Kindes Anerkennende der Vater dieses Kindes sei (obgleich er es thatsächlich nicht war), bei Eintragung dieses Anerkenntnisses seitens des Standesbeamten in das btr. Geburtsregister; **RG.** I 10. Nov. 79, III 19. Feb. 91, E. 1 9, 21 411 (letzteres btr. RheinR.);

b. daß amtliche Schriftstücke zur Post gegeben seien (während sie thatsächlich vernichtet waren), bei Ausstellung der Empfangsbescheinigung seitens des Postbeamten in dem Postquittungsbuche; Dresden 24. Juli 71 St. 1 136.

II. Angenommen wurde die Beurkundung einer „in anderer Weise“ geschehenen „Thatsache“, nämlich:

a. daß der vorgeladene Angeschuldigte vor dem Vernehmungsgerichte erschienen sei, eine bestimmte Erklärung zu Protokoll abgegeben und dasselbe unterschrieben habe (während thatsächlich ein Anderer als der Geladene erschienen war), bei Aufnahme eines Protokolles über die verantwortliche Vernehmung einer Person; **RG.** I 27. Apr. 80 R. 1 685 (ferner

zutreffend auch Hälschner 2 558 u. Merkel HH. 3 804 N. 3; aM. Oppenh. N. 24); vgl. jedoch u. IV;

b. daß eine bestimmte Person wegen eines bestimmten Deliktes gerichtlich bestraft worden sei und die Strafe angetreten habe (während thatsächlich gegen eine andere Person verhandelt war und diese zum Strafantritt sich meldete), bei Eintragung der Verurtheilung und des Strafantritts in die von der StAschaft geführten Straflisten; RG. II 21. Jan., 29. Nov. 81, E. 3 204, 5 175.

IIIa) Angenommen wurde die Beurkundung einer „von einer Person in einer ihr nicht zustehenden Eigenschaft" abgegebenen „Erklärung", nämlich:

daß der eine Geburt zum Geburtsregister Anmeldende bei der Geburt zugegen gewesen sei, also die Meldung „in der Eigenschaft eines zur Anzeige gesetzlich Verpflichteten abgebe" (obgleich er nicht zugegen war), bei entsprechender Eintragung des Geburtsfalles seitens des Standesbeamten; RG. II 26 Mai 81 E. 4 194, III 3. Nov. 81 R. 3 686;

b. verneint dagegen bei Abgabe der Erklärung seitens einer Person, welche die Eigenschaft, in der sie handelte, auf eine anfechtbare Urk., z. B. eine von einem Handlungsunfähigen ausgestellte Vollmacht, stützt; RG. III 6. Dez. 83 E. 9 288.

IVa) Angenommen wurde die Beurkundung einer „von einer anderen Person" geschehenen „Thatsache", nämlich, daß der Verurtheilte N. N. eine Strafe angetreten und verbüßt habe (während statt seiner ein Anderer zum Strafantritt sich stellte), durch Eintragung in die Straflisten bzw. Register der Gefängnißverwaltung seitens des zuständigen Beamten; RG. II 4. Nov. 84, I 15. Feb. 92, E. 11 188, 22 345 (vgl. auch das u. cit. III 29. Sept. 84), Berlin 4. Okt. 71, 4. Mai 75, St. 1 237, O. 16 333;

b. verneint dagegen die Beurkundung einer „von einer anderen Person" abgegebenen „Erklärung" bei Abgabe von Erklärungen zu polizeilichen oder gerichtlichen Vernehmungsprotokollen im Vorverfahren o. in der Hauptverhandlung, weil die Protokolle keine Beurkundungen dafür herstellen wollten, daß die Erklärung über den Namen wirklich vom Namensträger abgegeben seien, und weil andererseits dasjenige wahr sei, wofür unter Mitwirkung der dazu berufenen Beamten (richterlichen o. Verwaltungsbeamten) ein amtl. Beweismittel geschaffen worden; so: RG. I 13. März, 18. Dez. (dasselbe gelte btr. der Urtheile), III 29. Sept., II 4. Nov. 84, E. 10 243, 11 314, 126, 188 (letzteres die Urtheile II 21. Jan., 29. Nov. 81, E. 3 204, 5 175 entsprechend „einschränkend"), I 6. Juli 85 R. 7 469 (was für die gerichtl. aufgenommenen Protokolle gelte, sei in gleicher Weise für die Beurkundungen durch Verwaltungsbeamte entscheidend), Berlin 29. Juni 77 St. 7 340. Ferner in Preußen bei Abgabe von Erklärungen des Empfängers eines Gesindedienstbuches gegenüber der dieselben in das letztere eintragenden Polizeibehörde; RG. IV 20. Apr. 86 E. 14 99 (aM. ORA.; vgl. R. 8 307).

8) Die objektive Rechtswidrigkeit der Hdlg. bildet die selbstverständliche Voraussetzung auch dieses Deliktes. Mit Recht erachtet RG. I 27. Apr. 80 R. 1 686 dieselbe dadurch nicht für beseitigt, daß der zur verantwortlichen Vernehmung im Vorverfahren Geladene den im Termin Erschienenen (der für den Geladenen sich ausgab) beauftragt hatte, Einwand gegen die wider ihn erhobene Anzeige bei Gericht vorzubringen; denn der Geladene besaß nicht die Befugniß, in dem Termine durch einen Anderen sich vertreten zu lassen.

9) Zur Bezeichnung des Dolus bedient § 271 sich lediglich des Wortes „vorsätzlich". Mit Rücksicht darauf genügt es aber nicht, wenn der Thäter sich nur bewußt war, daß seine Hdlg. eine falsche Beurkundung zur Folge haben könne, vielmehr muß er auch dessen sich bewußt sein, daß die Thatsache, deren unrichtige Beurkundung er bewirkt hat, eine für Rechte rc. erhebliche sei; RG. IV 20. März 85 R. 7 190. Uebrigens bedarf es nicht der Ueberzeugung vom Gegentheil desjenigen, was beurkundet wird, vielmehr genügt in dieser Beziehung dolus eventualis; RG. II 28. Dez. 88 E. 18 309. Eine „rechtswidrige Absicht" in dem eigenthümlichen S. des § 267 (das. N. 46) erfordert § 271 nicht; Oppenh. N. 4.

In der Praxis hat München 19. Juni 75 St. 5 137 mit Recht „einen auf Entstellung der Wahrheit und Täuschung des Beamten gerichteten Vorsatz mit dem Bewußtsein, eine falsche Aufnahme einer rechtserheblichen Thatsache in einer öffentl. Urk. herbeizuführen,"

für ausreichend erachtet, mit Recht erklärt ferner Berlin 4. Okt. 71, 4. Mai 75, St. 1 237, O. 16 333 die Absicht, eine unrichtige Beurkundung der Strafverbüßung herbeizuführen, bei Kenntniß davon, daß Listen über die Strafverbüßungen geführt werden, für genügend, während eine genaue Kenntniß der Art und Weise der Listenführung gleichgültig und die Absicht, daß der Verurtheilte seine Strafe nicht verbüße, unerheblich sei.

Verneint wurde der „Vorsatz" von Berlin 29. Juni 77, 15. Jan. 79, St. 7 340, O. 20 28 zum Theil wegen fehlenden Bewußtseins davon, daß die Angabe eines in der Untersuchung einen falschen Namen sich Beilegenden später eine fälschliche Beurkundung herbeiführen werde, bzw. daß dem Erklärenden die von ihm beanspruchte Eigenschaft nicht zustehe, ferner von RG. IV 20. Sept. 87 R. 9 451 in einem Falle, wo der Erklärende in dem, wenn auch rechtsirrthümlichen, Glauben sich befand, er sei zu der Benutzung des fremden Namens berechtigt (weil das Bewußtsein gefehlt habe, eine durch das Eintreten seiner Person zu einer unrichtigen gewordenen Beurkundung bewirkt zu haben).

10) Zur Vollendung des Verg., dessen Versuch nicht für strafbar erklärt ist (§ 43_3), gehört der vollständige Abschluß der Urkunde durch den Beurkundenden; v. Liszt S. 548, Rüd.-St. N. 3. Dagegen ist die Unterschrift des die unrichtige Beurkundung Bewirkenden nicht erforderlich; Dresden 26. Mai 71 St. 1 42, Oppenh. N. 9. Daß von der bewirkten Beurkundung ein Gebrauch gemacht worden, ist keine Voraussetzung für die Vollendung; Hälschner 2 559, Merkel HH. 3 805 (vgl. übrigens § 273 N. 2).

11) Ueber die Theilnahme (Th. I Abschn. 3) gelten die allg. Grundsätze. Darnach sind diejenigen Personen Mitthäter (§ 47), welche durch ihr verständigtes Zusammenwirken die unrichtige Beurkundung bewirken; das können aber, falls es um die Beurkundung einer „Erklärung" sich handelt, auch andere Personen, außer dem Erklärenden selbst, sein, z. B. Rekognoszenten; so: Oppenh. N. 3, v. Schwarze N. 14; aM. Merkel HH. 3 805.

Wegen eines Falles der Anstiftung (§ 48) vgl. München 11. Nov. 73 St. 3 225.

12) In Idealkonk. (§ 73) wird die intellekt. Urkflschg. häufig zusammentreffen mit dem Personenstdsverg. aus § 169 (vgl. namentl. die das. N. 4 citt. Entsch.). Im übrigen ist zu vergleichen wegen des Verhältnisses zum: § 153 das. N. 12, § 273 das. N. 2, § 348_1 das. N. 2 ff., § 363 daselbst.

13) Die Strafe ist wahlweise Gefängniß von 1 T.—6 Mt. (§ 16) oder Geldstrafe von 3—300 M. (§ 27).

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_3 in fünf Jahren. Wg. des Beginnes der Vjhrg. vgl. das § 67 N. 9_2 citt. RG. II 5. Dez. 90.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73[1], 75[14].

§. 272.

Wer die vorbezeichnete Handlung in der Absicht begeht, sich oder einem Anderen einen Vermögensvortheil zu verschaffen oder einem Anderen Schaden zuzufügen, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft, neben welchem auf Geldstrafe von einhundertfunfzig bis zu sechstausend Mark erkannt werden kann.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe ein, neben welcher auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark erkannt werden kann.

PrStGB. § 252 Abs. 1. Entw. I § 246 Abs. 1, 3, II § 267. Aktenst. Nr. 119 1. StR. S. 717.
Vgl. § 273.

1) Das Delikt der einfachen intellekt. Urkflschg. (§ 271) gestaltet sich durch Hinzutritt eines i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 straferhöh. Umst. zum Verbr. der schweren intellekt. Urkdflschg.

Wegen des straferhöh. Umst. selbst, der derselbe ist wie derjenige des § 268, vgl. die Ausführungen das. N. 1—3, 5, insbs. die in N. 2_3 citt. den § 272 btr. Entsch., von denen übrigens München 19. Juni 75 irrthümlich eine auf Erlangung eines rechtswidrigen Vermögensvortheils gerichtete Absicht erfordert.

2) Wegen der Möglichkeit des Versuches (§ 43) vgl. § 271 N. 10.

3) Die ordentliche Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus von 1 bis 10 J. (§ 14_2); im Falle mild. Umst. (Th. I Abschn. 4 N. 13 aff.) tritt Gefängniß von 1 T. bis 5 J. (§ 16) ein. In beiden Fällen ist außerdem fakultativ Geldstr. zulässig (§ 27) und zwar neben Zuchth. von 150—6000 M., die nach § 28_3 für den Nichtbeitreiblichkeitsfall in Zuchth. umzuwandeln ist, neben Gef. von 3—3000 M.; als Nebenstr. ist durchweg nach § 32 VdbER. zulässig.

Der Versuch (N. 2) wird nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 bestraft.

4) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in zehn Jahren.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73^{2-7}, 136^1.

§. 273.

Wer wissentlich von einer falschen Beurkundung der im §. 271 bezeichneten Art zum Zwecke einer Täuschung Gebrauch macht, wird nach Vorschrift jenes Paragraphen und, wenn die Absicht dahin gerichtet war, sich oder einem Anderen einen Vermögensvortheil zu verschaffen oder einem Anderen Schaden zuzufügen, nach Vorschrift des §. 272 bestraft.

PrStGB. § 252 Abs. 2. Entw. I § 246 Abs. 2, II § 268.

1) In der Fassung weicht § 273 vom § 270, mit welchem er sachlich völlig korrespondirt (vgl. deshalb die N. zum § 270), nur deshalb ab, weil man es vermieden hat, für das Delikt aus § 270 eine technische Bezeichnung (insbs. „intellektuelle Urkflschg.") einzuführen.

Auch hier wird, entsprechend dem § 270 (das. N. 2_2), nur eine objektiv falsche Beurkundung vorausgesetzt, weshalb § 273 namentl. auch dann Platz greift, wenn die unrichtige Beurkundung auf einem selbständigen, nicht absichtlich durch einen Dritten hervorgerufenen Irrthum des Beurkundenden (§ 271 N. 3) beruht; RG. I 7. Okt. 80 R. 2 300, Hälschner 2 559, Oppenh. N. 1, Rüd.-St. N. 11, Simonson Vortheil S. 64. Andererseits ist die Anwendung des § 273 nicht ausgeschlossen, wenn der Beamte die falsche Beurkundung vorsätzlich vorgenommen hat; so: Berlin 7. Dez. 76 St. 7 177, Simonson aO.; aM. Oppenh. aO. Dagegen hat § 271 den zunächst getäuschten beurkundenden Beamten, welcher demnächst Kenntniß von der Unrichtigkeit des Inhalts der Beurkundung erlangt, als Subjekt des Verg. nicht im Auge; allerdings giebt es keine mit den §§ 270, 273 korrespondirende Strafbestimmung im Verhältniß zum § 348, allein eine solche ist auch mit Rücksicht auf den Thatbestand des § 348 (das. N. 9) entbehrlich; RG. I 14. Jan. 86 R. 8 46.

2) Fraglich ist, wie zu strafen sei, wenn der Thäter des Verg. aus § 271, d. h. derjenige, welcher die falsche Beurkundung vorsätzlich bewirkt hatte, selbst von der letzteren Gebrauch macht; mit Recht wird die Annahme einer Realkonk. (§ 74) der §§ 271, 273 verworfen (aM. nur Puchelt N. 11), im übrigen aber entweder § 273 (so: v. Schwarze § 271 N. 15, Simonson Vortheil S. 65) oder zutreffender § 271 ausschließlich angewendet; denn es liegt in dem Gebrauchmachen von der falschen Beurkundung, wenn dasselbe auch zum Thatbestande des § 271 (das. N. 10) nicht erfordert wird, dennoch nur eine weitere, eine selbständige Handlung nicht darstellende, Konsumirung des Delikts aus § 271, bei welchem dem Thäter der Natur der Sache nach die Absicht eines späteren Gebrauchmachens jedenfalls beiwohnt; so: Hälschner 2 559, Merkel HH. 3 805, Oppenh. § 271 N. 29; aM. Rüd.-St. N. 12.

3) Wegen Strafe, Verjährung u. Zuständigkeit vgl. §§ 271 N. 13, 272 N. 3, 4.

§. 274.

Mit Gefängniß, neben welchem auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark erkannt werden kann, wird bestraft, wer

1) eine Urkunde, welche ihm entweder überhaupt nicht oder nicht ausschließlich gehört, in der Absicht, einem Anderen Nachtheile zuzufügen, vernichtet, beschädigt oder unterdrückt, oder

2) einen Grenzstein oder ein anderes zur Bezeichnung einer Grenze oder eines Wasserstandes bestimmtes Merkmal in der Absicht, einem Anderen Nachtheil zuzufügen, wegnimmt, vernichtet, unkenntlich macht, verrückt oder fälschlich setzt.

PrStGB. § 243 [6, 7]. Entw. I § 239 [7, 8], II § 269. Aktenst. Nr. 92, 212.
Vgl. § 280.

1) Der § 274 behandelt zwei der Urkfälschg. verwandte Fälle, welche das PrStGB. in den Titel über Betrug gestellt hatte (s. o. Abschn. 23 N. 1), jedoch weniger richtig, weil § 274 weder eine gewinnsüchtige Absicht des Thäters noch die Vermögensbeschädigung eines Anderen erfordert.

Zu § 274 Nr. 1. N. 2—7.

2) Als Objekt verlangt Nr. 1 eine „Urkunde, welche dem Thäter entweder überhaupt nicht oder nicht ausschließlich gehört" (vgl. dagegen GewerbeO. § 150 [2]).

a) Unter „Urkunde" ist auch hier nur eine Urk. i. S. des § 267 zu verstehen; zwar liegt dieses keineswegs so klar als beim § 270 (das. N. 1 a), weil dieser mit den vorhergehenden §§. im engsten Zusammenhange steht und namentl. das Wort „Urkfälschg." geradezu eine Bezugnahme enthält; allein man wird doch annehmen dürfen, daß der Gesetzgeber, welcher die Fälschung, das typische Delikt des Abschn., nur an Urkunden bestimmter Art straft, auch bei den übrigen Delikten des Abschnittes unter „Urkunden" nur die im § 267 verstanden wissen wollte. So: John HH. **3** 184, Oppenh. N. 5, Rubo N. 3, v. Schwarze N. 5. AM.: **RG.** III 22. Okt. 83 E. **9** 141, IV 28. Okt. 87 R. **9** 537 (vgl. auch BStS. 19. Dez. 87 E. **17** 103), Geyer **2** 105, Hälschner **2** 560, Merkel HH. **3** 807, v. Liszt S. 548, Rüd.-St. N. 4, Börne GS. **41** 396.

Als Urk. i. S. der Nr. 1 (wg. vorliegender Erheblichkt. f. d. öffentl. Recht übrigens auch des § 267 — das. N. 19_4) ist namentl. erachtet ein zwecks Ausübung des Wahlrechts in die Wahlurne eingelegter Wahlzettel; das u. N. 6b cit. **RG.** 19. Okt. 91.

b) Eine Urk. „gehört" dem Thäter „überhaupt nicht", wenn sie für ihn nach dem zutreffenden Civilrecht eine „fremde" ist (§ 242 N. 5); so verneinte Berlin 31. Okt. 73 St. **3** 226 auf Grund des PrALR. I 16 § 86 das Eigenthum des Schuldners an einer auf seinem Papier geschriebenen Quittung, welche der Gläubiger in Erwartung der Zahlung ausgestellt hatte.

c) Fraglich ist dagegen, wann eine Urk. dem Thäter „nicht ausschließlich gehört". Auf der einen Seite wird angenommen, daß dieser Fall nur dann vorliege, wenn einem Anderen das Miteigenthum an der Urkunde zustehe; so: Hälschner **2** 560 f., Merkel HH. **3** 807, v. Liszt S. 549, H. Meyer S. 944, Herzog GS. **26** 228 f. Auf der anderen Seite erachtet man dafür, daß schon ein erworbenes Editionsrecht eines Anderen hinreiche, um die Sache als dem Eigenthümer „nicht ausschließlich gehörend" erscheinen zu lassen; so Puchelt N. 2 und, wenn auch unklar, Oppenh. N. 6, der außerdem zu Unrecht auf **RG.** III 4. Feb. 80 R. **1** 317 sich beruft. Allein weder „Miteigenthum" an der Urk., noch „Gemeinschaftlichkeit" derselben i. S. der CPO. § 387 [3] sind die entscheidenden Momente; vielmehr kommt es darauf an, ob ein Anderer ein dingliches Recht an der Urk. besitze; ist dieses der Fall, dann gehört sie dem Thäter nicht „ausschließlich", mag sie ihm auch „allein" gehören, d. h. in seinem alleinigen Eigenthum stehen; so: Dresden 22. Jan. 72 St. **1** 379, welches nach SächsCivilr. annahm, daß die Uebergabe eines Wechsels zum Faustpfande die „Ausschließlichkeit" des Eigenthums aufhebe, Rubo N. 4, Rüd.-St. N. 5; vgl. auch **RG.** I 3. Juli 82 R. **4** 670, bei einer verschiedene Zahlungseintragungen enthaltenden Sammelliste sei bezüglich jedes einzelnen Eintrages festzustellen gewesen, „wem auf Benutzung desselben als Urkunde ein Recht zustehe". Daß auch das Miteigenthum ein solches dingliches Recht sei, ist selbstverständlich; nach PrALR., insbs. I 9 § 304, steht eine Urk., welche über ein zweiseitiges Rechtsgeschäft in nur einem Exemplar errichtet ist, im Miteigenthum der Kontrahenten, da sie durch gemeinsame Thätigkeit derselben behufs Beurkundung ihrer gegenseitigen Rechte und Pflichten geschaffen ist; **RG.** II 21. März 84 E. **10** 213.

3) Die Handlung besteht darin, daß die Urk. „vernichtet, beschädigt oder unterdrückt" wird. Die Urk. kommt hier zwar vorwiegend in ihrer eigenthümlichen Eigenschaft als Beweismittel in Betracht (RG. II 4. März 81 E. 3 370), aber keineswegs fallen jene Hdlgen nur dann unter § 274 [1], wenn sie auf Beseitigung der Urk. als Beweismittel gerichtet sind; es kann z. B. bei dem Thäter auch die Absicht obwalten, dem Anderen die Einsicht der Urk. unmöglich zu machen und ihn so an der Vornahme von Rechtshdlgen zu hindern, die er bei Kenntniß von der Existenz der Urk. vorgenommen haben würde; RG. II 30. Juni 90 E. 20 413.

4) Bei der „Vernichtung" muß, nach der § 125 N. 3b gegebenen Begriffsbestimmung, die Urk. als Beweismittel völlig beseitigt sein, sie muß aufgehört haben, als Beweismittel zu existiren; RG. II 4. Mai 81 E. 3 370. Das trifft jedenfalls zu, wenn auch deren substanzielle Unterlage beseitigt ist; Berlin 19. Juli 74 St. 6 196. Erforderlich ist aber nur, daß der auf der Unterlage befindliche urkundliche Inhalt, die Schrift oder was deren Stelle vertritt, durch vollständige Auslöschung beseitigt wird; RG. I 3. Juli 82 R. 4 670. Keineswegs kann aber mit Blum N. 1 dafür erachtet werden, daß schon das „Auslöschen der Unterschrift" unbedingt als Vernichtung der Urk. anzusehen sei (vgl. § 267 N. 19).

5) Die „Beschädigung" (vgl. § 303 N. 4) einer Urk. liegt vor, wenn mit derselben eine Veränderung vorgenommen worden, welche ihren Zweck, als Beweismittel zu dienen, beeinträchtigt, sei es, daß dadurch der äußere Bestand der Urk., sei es, daß — unter Erhaltung ihrer Substanz — ihr materieller Gehalt, d. h. die durch sie bekundeten Thatsachen, oder beide zusammen betroffen werden; RG. II 4. März 81, I 19. Jan. 84, E. 3 370, 10 43, II 29. Juni 80, 3. Dez. 86, R. 2 135, 8 722, Geyer 2 105, v. Liszt S. 549, Blum N. 2. Wird nun diese Hdlg. vorgenommen, um die Urk. als Beweismittel zu beseitigen, so liegt § 274 [1] vor, während jene zu einem Akte der Verfälschung dadurch wird, daß sie gegen den Inhalt der Urk. sich richtet und, sei es durch Vermehrung, Verminderung oder sonstige Aenderung desselben, der Urk. die Bedeutung eines Beweismittels über Thatsachen verleiht, für welche dieselbe vorher überhaupt nicht oder nicht ausschließlich bestimmt war; die Verfälschung beläßt daher der Urk. ihren objektiven Charakter als Beweismittel und verändert nur ganz oder theilweise die Richtung und das Ziel ihrer Beweiskraft. So zutreffend das cit. RG. 4. März 81. Vgl. § 267 N. 28b.

Uebrigens ist es Thatfrage, ob die mit einer Urk. vorgenommene Veränderung derartig erheblich ist, daß sie eine Beeinträchtigung derselben als Beweismittel enthält und somit als „Beschädigung" sich darstellt; Berlin 20. Sept. 78 O. 19 427. Die Möglichkeit der Beseitigung der verursachten Veränderung, z. B. durch Wegwischen der Bleistriche, durch Zusammensetzen der einzelnen Stücke, beseitigt aber keinesfalls die einmal eingetretene Beschädigung; so die citt. RG. 29. Juni 80, 19. Juni 84 u. Berlin.

In der Praxis ist die „Beschädigung" einer Urk. z. B. angenommen:

a. bei Durchstreichung der Unterschrift mittels Bleistriche, trotzdem der durchstrichene Name vollkommen leserlich blieb (mit Rücksicht auf die CPO. §§ 381, 384); so das cit. RG. 29. Juni 80;

b. beim Zerreißen der Urk. in verschiedene Stücke; Berlin 19. Juli 74, 20. Sept. 78, St. 4 196, O. 19 427.

6) „Unterdrücken" (vgl. § 169 N. 5_1) ist von weiter gehender Bedeutung als „Beiseiteschaffen", welcher Ausdruck in dem einen verwandten Thatbestand enthaltenden § 133 (das. N. 5) gleichfalls neben „vernichten" und „beschädigen" gebraucht wird. Die Thätigkeit braucht aber nicht, wie das „Beiseiteschaffen" beweglicher Sachen, ein Fortschaffen von einem Ort an einen anderen zu sein. So im wesentlichen: RG. I 22. Jan. 80 E. 1 159 (Unterdrücken bestehe darin, daß die Urk. der Benutzung eines Anderen entzogen und vorenthalten werde), Geyer 2 105, H. Meyer S. 944, Blum N. 3, auch Meves HH. 3 1004 (btr. der §§ 354, 355), während Hälschner 2 561, John HH. 3 185, v. Liszt S. 549 u. Oppenh. N. 9 „Unterdrücken" mit „Beiseiteschaffen" identifiziren. Allgemein anerkannt wird dagegen, daß das „Unterdrücken" kein dauerndes Vorenthalten verlange.

Aber nicht jedes Vorenthalten einer Urk. „zum Nachtheil eines Anderen" (N. 7) ent-

hält ein „Unterdrücken" i. S. der Nr. 1; will derjenige, der eine Urk. einem Anderen entzieht, zugleich sich selbst durch den Gebrauch der Urk. einen Vortheil verschaffen, will er ihren Inhalt für sich verwerthen und sie demgemäß später produziren, so liegt nicht eine „Unterdrückung" der Urk., sondern eine Aneignung oder eine auf solche gerichtete Hdlg. vor, so daß die §§ 242, 246 Anwendung finden; so: das cit. RG. 22. Jan. 80, Berlin 31. Okt. 73 St. 3 226, Geyer 2 106, Hälschner 2 562, F. Meyer N. 4; aM.: RG. II 26. Jan. 83 E. 8 79, welches Idealkonk. mit Diebst. annimmt, wenn Jemand, um dem Gläubiger das Beweismittel bezüglich seiner Forderung zu entziehen, die Urk. sich wirklich aneignen wollte, Berlin 10. Jan. 77 O. 18 20, welches „Unterdrückung" eines Wechsels annahm, obgleich der Betreffende, welcher denselben an sich behielt, erklärte, ihn auf eine später fällig werdende Forderung einbehalten zu wollen; vgl. auch v. Liszt S. 549, die Absicht, später selbst von der Urk. Gebrauch zu machen, schließe die Anwendung der Nr. 1 nicht aus.

In der Praxis ist die „Unterdrückung" einer Urk. z. B. angenommen:

a. bei bewußt unbefugter Annahme und Zurückhaltung eines irrthümlich von der Post an einen Dritten gelangten Briefes; RG. I 15. Mai 84 E. 10 391;

b. bei Entfernung eines zwecks Ausübung des Wahlrechts in die Wahlurne gelegten Wahlzettels (in Idealkonk. mit § 108); RG. III 19. Okt. 91 E. 22 182 (s. o. N. 2a);

c. bei Ableugnung des Besitzes einer Urk. gegenüber dem Berechtigten zu einer Zeit, während welcher dieser von ihr als Beweismittel mit Erfolg Gebrauch machen konnte; Berlin 1. März 71 O. 12 119;

d. bei Wegnahme eines Wechsels, um den Inhaber an der Benutzung desselben zur Verfolgung seines Rechtes zu hindern; Berlin 30. Apr. 74 St. 4 67.

7) Den Dolus btr., so wird die „Absicht, einem Anderen Nachtheile zuzufügen", verlangt, wobei der Gebrauch von „Nachtheile" statt „Nachtheil" auf einem Druckfehler beruht, der in das, die Beschlüsse des RT. in dritter Berathung enthaltende, Aktenst. Nr. 212 sich eingeschlichen hatte.

a) Aus denselben sachlichen Gründen, wie beim § 266 (das. N. 12), wird man sich auch hier, abweichend von den §§ 263 (das. N. 49), 268 (N. 1_4), dafür entscheiden müssen, unter „Absicht" lediglich den Vorsatz, nicht das Motiv, zu verstehen; hier, wo allein von einer auf Benachtheiligung Anderer gerichteten „Absicht" die Rede ist, würde dieselbe als „Motiv" aufgefaßt, die Strafvorschrift ihrer praktischen Bedeutung entkleiden; denn obschon zweifellos verschiedene Absichten (Motive) neben einander her laufen können (vgl. z. B. § 268 N. 1_2), so wird doch das so häufig vorkommende Motiv der Gewinnsucht äußerst selten mit dem auf Beschädigung eines Anderen gerichteten Motive sich vereinigen, vielmehr wird die Gewinnsucht in der Regel das die That allein beherrschende Motiv sein, der Thatbestand des § 274^1 in subjektiver Hinsicht aber schon dann erfüllt sein, wenn das Bewußtsein der Benachtheiligung des Anderen vorlag. So: Geyer 2 106, Rüd.-St. N. 8. AM. v. Liszt S. 549, aber auch das RG., so mit Entschiedenheit II 24. Juni 87 E. 16 150 (allerdings mit der weiteren Ausführung, daß mit dem Ziele der Benachtheiligung eines Anderen, welches nicht der Endzweck des Handelns zu sein brauche, ein weiterer Zweck sich verbinden könne, der als Endzweck des Handelns sich darstelle u. sowohl in der Absicht, sich widerrechtliche Vortheile zu verschaffen, wie in der Absicht, sich vor Schaden zu bewahren, bestehen könne); ferner III 1. Feb. 83 R. 5 80 (wenn dasselbe auch für Fälle, in denen wegen thatsächlichen Zusammenfallens des eigenen Vortheils u. des fremden Nachtheils die den einen wie den anderen Zweck verfolgende Willensabsicht als einheitlicher Vorsatz zu behandeln sei, es nicht für schlechthin rechtsirrthümlich erachtet, wenn die Gewinnsucht als die vorherrschende Absicht, die Benachtheiligungswirkung als das begleitende Bewußtsein bezeichnet werde), 10. Mai 82 R. 4 470 (gelegentlich: § 348_2 habe ausdrücklich und im bewußten Gegensatze zu § 274^1 nur von vorsätzlicher Beschädgg. gesprochen), endlich I 15. Mai 84 E. 10 391 (es sei gleichgültig, ob mit der Benachtheiligungsabsicht der davon untrennbare Wille eigenen Vortheils zusammentreffe); vgl. im übrigen aber abweichende Entsch. des RG. btr. der gleichen Frage bei Nr. 2 u. N. 12.

b) „Nachtheil" hat eine ganz allgemeine Bedeutung (vgl. § 268 N. 3); der Begriff

ist also keineswegs auf vermögensrechtliche Verluste beschränkt, vielmehr fällt „jede äußerlich erkennbare und definirbare Beeinträchtigung fremder Rechte" darunter; so: **RG.** III 23. Okt. 80 R. 2 374 (btr. der Entziehung einer Urk. aus fremdem Besitze, obgleich gegen das darin verlautbarte Rechtsgeschäft eine gültige Einrede zugestanden haben würde), Berlin OAG. 17. Jan. 73 St. 2 202 (btr. der, eine Erschwerung der Möglichkeit der Klagebegründung und Beweisführung einschließenden Vorenthaltung eines Schuldscheins), Geyer 2 106, Hälschner 2 562, v. Liszt S. 549, H. Meyer S. 944, Oppenh. N. 1, Rubo N. 5, Rüd.-St. N. 2, v. Schwarze N. 2; aM.: Merkel HH. 3 807, F. Meyer N. 3. Das allerdings wird durch die Fassung des Gesetzes zweifellos klar gestellt, daß der beabsichtigte Nachtheil nicht bereits in der Einwirkung auf die Urk. selbst gefunden werden darf, sondern noch selbständig daneben liegen muß; so außer Merkel (auch in HRl. „Grenzverrückg.") u. Hälschner, Oppenh. N. 7 u. v. Schwarze N. 3.

c) Der „Andere", welchem der Nachtheil zugefügt werden soll, braucht nicht nothwendig der Eigenthümer oder an der Urk. dinglich Berechtigte sein; doch muß immerhin der Thäter bei dem „Anderen" ein rechtliches Interesse voraussetzen, welches durch die Vernichtung zc. der Urk. verletzt werden würde. So, außer Hälschner, **RG.** III 4. Feb. 80 E. 1 181, welches freilich objektiv ein solches rechtliches Interesse auf Seiten des „Andern" fordert (s. aber u. N. 13) und solches bezüglich des Steuerfiskus an der „stempelpflichtigen Urkunde" verneint, letzteres wohl schon deshalb zu Unrecht, weil die stempelpflichtige Urk. mindestens die Bedeutung eines Ueberführungsmittels hat (vgl. § 267 N. 47 Ib).

d) In der Praxis ist die „Absicht, einem Anderen Nachtheil zuzufügen", z. B.

I. bejaht: bei der Auslöschung der in eine Sammelliste eingetragenen Namen der Geber, um dadurch dem btr. Fonds den Nachweis über den ihm veruntreuten Betrag zu entziehen; **RG.** I 3. Juli 82 R. 4 670; bei der Empfangnahme von, Bestellungen enthaltenden, an einen Konkurrenten gerichteten Postkarten; **RG.** I 15. Mai 84 E. 10 391; bei der Absicht, einem Anderen ein Beweismittel zu entziehen, oder auch nur den Nachweis seines Rechts im Civilpr. zu erschweren; **RG.** II 3. Dez. 86, 29. Dez. 91, R. 8 722, E. 22 283;

II. verneint: bei der Vernichtung zc. einer Urk. zum Zwecke der Stempelhinterziehung; so das cit. **RG.** 4. Feb. 80, weil die Vereitelung des Strafvollzuges unter den Gesichtspunkt eines dem Fiskus zugefügten Nachtheiles nicht zu ziehen sei, — ein Grund, welcher bei dem weiten Begriffe von „Nachtheil" kaum stichhaltig sein dürfte.

Zu § 274 Nr. 2. N. 8—12.

8) Der äußere Thatbestand der Nr. 2 scheidet sich wesentlich nach zwei Richtungen, indem die Hdlg. entweder auf die Beseitigung vorhandener Grenzmerkmale oder auf die Herstellung unrichtiger Grenzmerkmale abzielt; **RG.** I 10. März 81 E. 3 410.

Je nachdem der eine oder der andere dieser Mischthatbestände in Betracht kommt, verbindet sich mit dem „zur Bezeichnung einer Grenze oder eines Wasserstandes bestimmten Merkmal" ein anderer Begriff; denn während in jenem Falle „die Bestimmung zum Grenzzeichen" nicht auf einseitiger Willkür beruhen darf, sondern durch eine die Betheiligten verpflichtende Willenserklärung getroffen sein muß, „entfällt natürlich dieses Erforderniß im letzteren Falle und tritt hier die Erregung des Scheines, daß es vorliege, an die Stelle"; Merkel HRl. „Grenzverrückg."

Ein „Merkmal" ist an sich ein Gegenstand, der zu einer Beurkundung im jurist.-techn. S. geeignet ist, weshalb z. B. ein Erinnerungszeichen an eine hohe Fluth nicht darunter fällt (Geyer 2 106, v. Liszt S. 550), ein Grenzmerkmal insbs. folglich ein zur Grenzbeurkundung dienlicher Gegenstand; **RG.** I 10. März 81 E. 3 410. Der Schwerpunkt jenes Thatbestandsmomentes liegt aber, wie Puchelt N. 5 richtig bemerkt, in der „Bestimmung" (vgl. § 243 N. 4), indem ein zur Grenzbeurkundung dienliches Merkmal im konkreten Fall zu dem Zwecke der Bezeichnung der Grenze errichtet oder hergestellt sein muß; **RG.** 10. März 81 (s. o.), II 18. Apr. 82 E. 6 199. Bei der „fälschlichen Setzung eines Grenzzeichens" (N. 16b) entscheidet naturgemäß die der Hdlg. des dasselbe Setzenden beiwohnende Absicht; cit. **RG.** 10. März 81. Im übrigen aber (N. 10a) kann die erforderliche Bestimmung dem Grenzmerkmal verliehen werden entweder durch eine Amtshandlung von Seiten der hierzu

nach öffentl. Rechte Berufenen oder durch den übereinstimmenden Willen der Betheiligten; RG. II 25. Jan. 84 R. 6 49, I 8. Dez. 87 E. 17 10, auch III 26. Apr. 83 R. 5 292, IV 20. Sept. 89, 24. Apr. 90, G. 37 355, E. 20 202 (btr. einen Grenzstein kraft des Willens aller Betheiligten, nach Maßgabe des Landesrechtes also ev. auch der Ehefrau des Besitzers), Dresden 27. Nov. 76 St. 7 179 (btr. einen zufolge Vergleichs unter den Grenznachbarn errichteten provisorischen Grenzzaun), ferner: Hälschner 2 563, Merkel aO. u. HH. 3 808, Blum N. 4, Oppenh. N. 14. Die einseitige Willkür eines Grenznachbarn kann hiernach einem Merkmal nie die Bestimmung eines Grenzzeichens geben; RG. II 25. Jan. 84 (s. o.), 20. Jan. 88 R. 10 46. Nicht aber ist stets eine ausdückliche, die Anerkennung seitens der Betheiligten aussprechende Willenserklärung erforderlich, vielmehr kann nach dem maßgebenden Landesrechte auch eine stillschweigende Anerkennung genügen und solche kann namentl. in dem langjährigen Dulden eines bestimmten Merkmales gefunden werden; demnach reicht unter Umständen das Vorhandensein eines Merkmals von anerkannter Bedeutung aus; citt. RG. 10. März 81, 20. Jan. 88. Keineswegs aber nöthigt die Neuherrichtung eines zur Abrenzung geeigneten Gegenstandes einen Andern ohne weiteres, denselben als Grenzmerkmal zu respektiren; so hat das cit. RG. 8. Dez. 87 angenommen, daß die erforderliche „Bestimmung" einem Grenzzeichen in Bayern nicht allein deshalb, weil es von Feldgeschworenen gesetzt sei, zugesprochen werden könne, obgleich diese nach dem BayrG. v. 16. Mai 1868 Art. 16, im Umfange ihres Amtsbezirkes ausschließlich zum Setzen von Grenzzeichen befugt seien; vgl. auch RG. II 31. Jan. 90 E. 20 196 btr. Neufestsetzung eines widerrechtl. verrückten Grenzzeichens ohne Beobachtung der gesetzl. Voraussetzungen. Andererseits kann es bei vorhandener Uebereinstimmung der Betheiligten über vorhandene Grenzzeichen nicht auf die civilrechtliche Gültigkeit der Grenzbezeichnung ankommen; denn die Strafbestimmung bezweckt den Schutz der thatsächlich bestehenden, nicht auf lediglich einseitiger Willkür beruhenden Grenzbezeichnungen, wie daraus hervorgeht, daß in objektiver Beziehung nur die Bestimmung des Merkmals zur Grenzbezeichnung verlangt wird; so die citt. RG. II 18. Apr. 82 (btr. einen Fall, wo entgegen § 388 PrALR. I 17 bei stattgehabter Grenzerneuerung der übereinstimmende Wille der Parteien nicht zu Protokoll erklärt war), III 26. Apr. 83, IV 24. Apr. 90.

Gleichgültig ist:

a. ob die Grenzmerkmale durch die Natur geboten oder künstlich hergestellt sind; so die OM.;

b. ob die Grenzmerkmale auf die Sicherstellung der Eigenthumsgrenze sich beziehen, oder ob sie zur örtlichen Sonderung sonstiger dinglicher Berechtigungen, wie z. B. von Wegegerechtigkeiten, gesetzt sind; so die OM., insbs. RG. III 16., 26. Apr. 83, R. 5 251, 292, II 31. Jan. 90 (s. o.); dagegen ist der Begriff unanwendbar, sobald durch die Zeichen lediglich persönliche Rechte, z. B. auf Abtretung stehender Produkte, bestimmt werden sollen (so cit. RG. 16. Apr. 83), d. h. sobald sie nicht zur Individualisirung des Grundstückes selbst dienen, sondern nur eine Scheidung der Nutzungen des Grundstückes herbeiführen sollen, von welcher dieses selbst nicht berührt wird; RG. IV 12. Dez. 84 R. 6 809;

c. ob die Grenzmerkmale auf privatrechtliche oder auf öffentlich-rechtl. Verhältnisse sich beziehen, wobei freilich zu beachten bleibt, daß die Vernichtung von Landesgrenzzeichen unter § 92[2] fallen kann; Merkel HH. 3 808.

9) Unter den Grenzmerkmalen werden „Grenzsteine" besonders hervorgehoben; daraus ergiebt sich, daß als „Grenzmerkmale" i. S. der Nr. 2 nicht blos die, wie die Grenzsteine, definitiv gesetzten, sondern auch die blos provisorischen bzw. nur vorübergehend, z. B. für die Dauer eines Pachtverhältnisses gesetzten, in Frage kommen; so die OM., insbs.: RG. III 22. Mai 80, 16. Apr. 83, II 20. Jan. 88, 31. Jan. 90, R. 1 811, 5 251, 10 46, 20 196, I 5. Nov. 87 E. 16 280, IV 20. Sept. 89 G. 37 355, Dresden 27. Nov. 76 St. 7 179 (btr. einen provisorisch bis zur Beendigung des Rechtsstreites errichteten Grenzzaun), Stuttgart 28. Jan. 74 St. 4 68 (btr. die von einem Geometer gesteckten sog. Stotzen, die demnächst durch Grenzsteine ersetzt werden sollten); aM. Oppenh. N. 13, der mit Unrecht aus dem Worte „bestimmt" folgert, daß es um eine bleibende Einrichtung sich handeln müsse; dagegen verlangt München 22. Nov. 75 St. 6 12 keinewegs „definitiv zur Bezeichnung

dienende Zeichen", sondern stellt nur thatsächlich fest, daß die eingeschlagenen Holzpflöcke als zur Bezeichnung der Grenze bestimmte Merkmale nicht anzusehen gewesen seien.

10) Bezüglich der beiden Mischthatbestände (N. 8) ist im Einzelnen hervorzuheben:

a) Bei dem „Wegnehmen, Vernichten (N. 4), Unkenntlichmachen und Verrücken" handelt es sich um eine Einwirkung auf das Grenzmerkmal, wodurch dasselbe seiner bestimmungsmäßigen Verwendung entzogen wird; Merkel HRl. „Grenzverrückg." Unter Voraussetzung des nöthigen Dolus ist die „Wegnahme" bzw. „Verrückung" genügend, ohne Rücksicht darauf, ob die Grenze auch ohne die früheren Merkmale mit mehr oder weniger Sicherheit noch erkannt werden kann, wie z. B. an den durch die Grenzsteine gebildeten Gruben; Mannheim 12. Okt. 72 St. 2 297.

b) Für das „fälschliche Setzen" von Grenzmerkmalen, wodurch nur der äußere Schein einer Grenze erweckt wird (N. 8_2), ist es gleichgültig, ob Gegenstände, die schon zur Bezeichnung einer Grenze gedient hatten, oder andere, welche in dieser Eigenschaft noch nicht fungirten, dazu verwendet werden; **RG.** I 5. Nov. 87 E. **16** 280. Angenommen wurde dasselbe in einem Falle, wo Jemand drei Feldsteine zur Bezeichnung der Grenze wissentlich vor der wirklichen Grenze eingrub; **RG.** I 10. März 81 E. **3** 410.

11) Subjekt des Verg. kann an sich ein Jeder und braucht es keineswegs der Eigenthümer zu sein, so namentl. nicht, wenn zur Bezeichnung der Wegegerechtigkeit dienende Grenzmerkmale vom Nichtbesitzer des dienenden Grundstückes verrückt werden; Dresden 2. Nov. 74, 27. Nov. 76, St. **5** 139, **7** 179.

12) Wegen des Dolus ist im übrigen auf N. 7 zu verweisen. Abweichend von der btr. Nr. 1 vertretenen Ansicht hat jedoch **RG.** III 16. Apr. 83, 3. Nov. 87, R. **5** 251, **9** 552, IV 20. Sept. 89 G. **37** 355, btr. der Bedeutung der „Absicht" in Nr. 2 dahin sich ausgesprochen, es werde, ohne Rücksicht auf das Motiv, nur im allgem. der Vorsatz gefordert, daß mit der btr. Hdlg. ein Grenzstein weggenommen werde, bzw. es genüge, wenn dem Thäter, der durch seine Hdlg. seinen eigenen Vortheil bezwecke, dabei habe zum Bewußtsein kommen müssen bzw. gekommen sei, daß durch seine That nothwendig auch ein Anderer geschädigt werde. Mit Rücksicht auf die Ausführung über die Bedeutung von „Nachtheil" ist es im Falle der Nr. 2 namentl. nicht nothwendig, daß ein Anderer durch die Grenzverrückung ꝛc. einen Nachtheil an seinem territorialen Besitze bzw. seiner dinglichen Berechtigung erleide; auch eine in dieser Hinsicht dem „Anderen" zum Vortheil gereichende Grenzverrückung würde aus Nr. 2 z. B. dann strafbar sein, wenn der mit dem Anderen in einem Prozesse über das Eigenthum an dem Grundstücke befangene Thäter durch seine, auf Täuschung des Richters berechnete, Handlung die Kosten auf den Prozeßgegner abzuwälzen und diesem hierdurch einen Nachtheil zuzufügen beabsichtigte; vgl. auch Hälschner 2 564.

Vollendung; Verhältniß zu anderen §§.; Strafe; Verjährung, Zuständigkeit. N. 13—15.

13) Was die Abgrenzung des straflosen (§ 43_2) Versuchs gegenüber der Vollendung betrifft, so ist hervorzuheben, daß, ähnlich wie bei der schweren Urkflschg. (§ 268 N. 5), die Realisirung des angestrebten Schadens nicht Erforderniß des vollendeten Deliktes ist; Berlin OAG. 17. Jan. 73 St. 2 202. Ebensowenig wird die Möglichkeit der Schadenszufügung, die thatsächliche Realisirbarkeit, erfordert, so daß z. B. die Vernichtung einer in Wahrheit praktischen Vortheil nicht gewährenden, an sich aber rechtserheblichen fremden Urk. unter § 274 fällt; aM. Puchelt N. 3; vgl. auch das o. N. 7c cit. **RG.** 7. Feb. 80.

Ein vollendetes Verg. aus § 274[1] wurde mit Recht in einem Falle angenommen, wo Jemand mit der Absicht, einem Anderen gewisse Wechsel zu entziehen, sich in Besitz derselben gesetzt und damit fliehend sich entfernt hatte, wenn auch die Entziehung thatsächlich in Folge alsbaldiger Ergreifung nur ganz kurze Zeit gedauert hatte; Berlin 30. Apr. 74 St. **4** 67.

14) Das Verhältniß zu anderen §§. btr., so kommt namentl. in Betracht dasjenige:

I. der Nr. 1:

a) Zum § 133. Ist der daselbst gedachte „Gegenstand" speziell eine „Urkunde", so können alle Mischthatbestände des § 133 mit § 274[1] in Idealkonk. treten, wenn die Urk.

wenigstens theilweise eine „fremde" ist und der Thäter in der durch § 274 erforderten Benachtheiligungsabsicht handelte; vgl. RG. III 15. Juni 89 E. 37 283; aM. Merkel HH. 3 807, es schließe § 133 den § 274¹ aus. Die Strafe ist ev. nach § 73 (das. N. 29 I a α), auch beim Zusammentreffen mit § 133₂, stets aus § 274¹ zu bemessen.

b) Zum § 242. Soweit es um ein „Unterdrücken" sich handelt, vgl. o. N. 6₃, soweit dagegen um ein „Vernichten", § 242 N. 30c; der dort charakterisirten GM. entspricht auch Berlin 17. Okt. 73 St. 3 197, welches bei Wegnahme eines fremden Wechsels aus dem Besitze eines Anderen in der Absicht, das in demselben liegende Beweismittel zum Nachtheil des Eigenthümers zu beseitigen, lediglich § 274¹, nicht aber § 242 anwandte.

c) Zum § 246. Realkonk. (§ 74) zwischen Urkvernichtg. und Unterschl. liegt vor, wenn jene in Folge besonderen Willensaktes und durch eine äußerlich getrennt hervortretende Hdlg. begangen wird, um sich gegen Entdeckung der bereits verübten Unterschl. zu sichern oder dieselbe zu ermöglichen; RG. I 3. Juli 82 R. 4 670.

d) Zum § 303; vgl. das. N. 12c.; zum § 348₂; vgl. das. N. 17c.

II. der Nr. 2:

a) Zum § 242; vgl. das. N. 4₃.

b) Zum § 370¹; vgl. das. N. e.

15) Die Hauptstrafe ist Gefängniß von 1 T.—5 J. (§ 16) u. fakultativ außerdem Geldstr. von 3—3000 M. (§ 27). Wg. VbbER. vgl. § 280.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67₂ in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73¹, 27.

§. 275.

Mit Gefängniß nicht unter drei Monaten wird bestraft, wer

1) wissentlich von falschem oder gefälschtem Stempelpapier, von falschen oder gefälschten Stempelmarken, Stempelblanketten, Stempelabdrücken, Post- oder Telegraphen-Freimarken oder gestempelten Briefkuverts Gebrauch macht,

2) unechtes Stempelpapier, unechte Stempelmarken, Stempelblankette oder Stempelabdrücke für Spielkarten, Päße oder sonstige Drucksachen oder Schriftstücke, ingleichen wer unechte Post- oder Telegraphen-Freimarken oder gestempelte Briefkuverts in der Absicht anfertigt, sie als echt zu verwenden, oder

3) echtes Stempelpapier, echte Stempelmarken, Stempelblankette, Stempelabdrücke, Post- oder Telegraphen-Freimarken oder gestempelte Briefkuverts in der Absicht verfälscht, sie zu einem höheren Werthe zu verwenden.

PrStGB. § 253. Entw. I § 247, II § 270. Entw. d. StGN. Art. I § 275². StB. 1875/76 S. 1004.

Vgl. § 280.

Zu §§ 275, 276 (364). N. 1—4.

1a) Die aus den §§ 275, 276 strafb. Hdlgen beziehen sich auf Stempelwerthzeichen sowie auf Post- u. Telegraphenwerthzeichen. Handelt es sich sonach um Objekte, welche „an sich dem Geldbegriffe zugänglich sind" (Schütze S. 300 N. 6), so zeigt sich auch im übrigen der Thatbestand den Münzdelikten näher verwandt als der Urkundenfälschung i. e. S., namentl. darin, daß ein „Gebrauchmachen" von den fälschlich angefertigten Werthzeichen zur Vollendung nicht gehört; Merkel HRl. „Urkflschg." u. HH. 3 809, v. Schwarze N. 2. So hätten die Delikte aus den §§ 275, 276 recht wohl dem Abschn. 8 (das. N. 1) eingereiht werden können; dennoch aber hat der Gesetzgeber ihnen ihren Platz in dem Abschn. über Urkflschg. angewiesen, wobei die Erwägung maßgebend gewesen sein mag, daß mit der Steuerhinterziehung die Verletzung von Treu und Glauben konkurrirt; RG. II 20. Juni 82 E. 6 387.

b) Was die Entstehungsgeschichte betrifft, so ist dieserhalb die Darlegung in RG.

III 19. Apr. 88 E. 17 394 zu vergleichen; nach den legislativen Vorgängen beruht, wie dasselbe und III 12/19. Nov. 88 E. 18 286 annehmen, die gesammte Strafnorm der §§ 276, 364 zweifellos auf der Voraussetzung, daß die Wiederverwendung der im § 275 erwähnten Werthzeichen — sei es mit, wie ohne Beseitigung der Entwerthungszeichen (§ 276 N. 1_2) — nicht unter die Strafbestimmung des § 275 falle. Die wissentliche Wiederverwendung von Stempelwerthzeichen fällt ausschließlich unter § 276_1, diejenige von Post- o. Telegraphenwerthzeichen „nach gänzlicher o. theilweiser Entfernung des Entwerthungszeichens" — nunmehr, d. h. nach Erlaß des G. v. 13. Mai 1891 (s. o. S. 36) — unter § 276_2, ohne solche Entfernung aber nach, wie vor, unter §§ 27[3], 28 des G. über d. Postwesen v. 28. Okt. 1871 bzw. § 2 d. G. btr. die Telegraphenfreimarken v. 16. Mai 1869. Das wissentliche Veräußern o. Feilhalten aller solcher Werthzeichen, sofern sie schon einmal verwendet sind, ist nach § 364 strafbar, dem durch das cit. ErgänzungsG. ein die Post- u. Telegraphenwerthzeichen btr. Abs. 2 hinzugefügt wurde.

Was speziell die Ergänzung des § 276 betrifft, so wurde nach demselben in seiner alten Fassung (entsprechend dem jetzigen Abs. 1) lediglich die wissentliche Wiederverwerthung von Stempelwerthzeichen mit Strafe bedroht; die Nichterwähnung der Post- u. Telegraphenwerthzeichen in diesem §. beruhte lediglich auf einem — durch die StGN. unberichtigt gebliebenen — Redaktionsfehler, indem man besondere Strafvorschriften wegen dieser mit Rücksicht auf die Bestimmungen des PostG. bzw. des TelegraphenfreimarkenG. für entbehrlich erachtete; das war jedoch insofern irrthümlich, als hiernach zwar die Defraudationsstrafe wegen Wiederbenutzung entwertheter Post- u. Telegraphenwerthzeichen verhängt werden konnte, dagegen die hinzutretende Entfernung der Entwerthungszeichen straflos blieb, weil dieserhalb auf die allgemeinen Strafgesetze verwiesen war.

2) Bezüglich aller Werthzeichen, die als Objekte der §§ 275, 286 in Betracht kommen, taucht die Frage auf, ob nur inländische oder auch ausländische gemeint seien. Für die erstere Ansicht läßt sich geltend machen, daß der Gesetzgeber im allgemeinen das Prinzip verfolgt hat, auswärtigen Staatseinrichtungen seinen strafrechtlichen Schutz zu versagen (vgl. Abschn. 5 N. 2, Abschn. 6 N. 1), sowie ferner, daß in den verwandten Fällen des Abschn. 8 nicht minder, wie des § 267, das Ausland ausdrücklich dem Inland gleichgestellt ist; dazu kommt, daß — nach F. Meyer N. 3 — ein in der RTkommission gestellter Antrag, im § 276 die Postfreimarken hinzuzufügen und zwar „mit der Wirkung, daß auch die Freimarken von ausländischen Posten geschützt würden" dort abgelehnt ist, obgleich die Spezialbestimmungen über Postfreimarken in dem G. über das Postwesen (vgl. § 267 N. 3a) unzweifelhaft nur auf inländische Marken sich beziehen; nun sind aber die Postfreimarken in den § 276 überhaupt nicht aufgenommen, folglich wird die nochmalige Verwendung gebrauchter Postmarken stets nur unter der Voraussetzung bestraft, daß dieses inländische waren. Diesen aus dem RStGB. selbst entnommenen Gründen gegenüber erscheint die auf die Entstehungsgeschichte und Auslegung des vorbildlichen § 253 PrStGB. sich stützende Gegenargumentation nicht stichhaltig. So: Hälschner 2 566, v. Liszt S. 550, Rubo N. 3 u. § 276 N. 1, Rüd.-St. N. 1. Entgegengesetzt die GM., insbs. **RG.** II 20. Juni 82 E. **6** 387 (welches namentl. den aus der Ablehnung des in der RTkommission zum § 276 gestellten Antrages entnommenen Grund zu unterschätzen scheint, da in jenen §. Bestimmungen über Postmarken überhaupt nicht aufgenommen sind), IV 26. Juni 91 G. **39** 236. Eine Mittelmeinung vertritt Heinze Erörterungen S. 131 (btr. Entw. I §§ 247 f.) dahin, daß die Bestimmungen lediglich von inl. Stempelsteuer, dagegen auch von ausl. Postwerthzeichen zu verstehen seien.

3) Bezüglich der Stempelwerthzeichen ist allgemein hervorzuheben, daß es um Werthzeichen sich handeln muß, welche eine Quittung über entrichtete Stempelabgaben repräsentiren (Jena 4. Mai 76 St. 7 180), sowie speziell:

a) „Stempelpapier" bezeichnet jede Art von Stempelmaterial, also auch Spielkarten (s. u. N. 9c); Berlin 2. Feb. 72 O. **13** 115; bzw. mit (ausl.) Stempel versehene Bandrollen zum Verschließen von Cigarettenschachteln; **RG.** IV 26. Juni 91 G. **39** 236.

b) „Stempelblankett" bezeichnet ein mit einem Stempel versehenes (unausgefülltes) Blankett, z. B. eines Wechsels (vgl. WechselstempelstG § 13[1]).

4) Die Post- u. Telegraphenwerthzeichen betreffend, so sind die Ausdrücke „Freimarken" und „Kuverts" dahin zu verstehen, daß letzterer alle zur Aufnahme von Briefsendungen bestimmten Umhüllungen, ersterer alle sonstigen Werthzeichen umfaßt, so daß unter „Freimarken" auch die gestempelten Postkarten und Postanweisungen, unter „Kuverts" auch die gestempelten Streifbänder zu begreifen sind; Meves N. 11, Oppenh. N. 1.

Zu § 275. N. 5—10.

5) Die Nr. 1 erfordert als Hdlg. „wissentliches Gebrauchmachen von falschen oder gefälschten Werthzeichen"; zu vgl. sind hiermit die §§ 147 u. 270, während ein dem § 267 entsprechender Thatbestand fehlt, weil die Herstellung falscher oder gefälschter Werthzeichen den selbständigen Thatbestand der Nr. 2 u. 3 bildet.

a) Daß die Ausdrücke „falsch oder gefälscht" nur zufolge einer nachlässigen Redaktion statt der sonst sich findenden Zusammenstellung „falsch oder verfälscht" (vgl. § 270) gebraucht sind, kann wohl gerade im Hinblick auf den Inhalt des § 275[2,3] nicht zweifelhaft sein, so daß „gefälscht", welches sprachlich streng genommen nichts anderes als „falsch" bezeichnet, dennoch lediglich i. S. von „verfälscht" zu verstehen ist; so: RG. IV 26. Juni 91 G. **39** 236 („falsches" Stempelpapier sei solches, dem der Schein gegeben ist, als sei es von der zuständigen Behörde hergestellt, „gefälschtes" durch Veränderung eines echten hergestelltes Stempelpapier), Hälschner **2** 566 N. 2, Oppenh. N. 7a, Puchelt N. 2, während Sontag, G. **19** 294, es für sehr fraglich erachtet, ob aus Nr. 1 der Gebrauch verfälschter Werthzeichen strafbar sei. „Außer Kurs gesetzte" echte Werthzeichen gehören nicht hierher.

b) Die Bedeutung des „Gebrauchmachens" ergiebt sich einerseits aus der Bedeutung desselben Wortes im § 267, andererseits aus dem Umstande, daß § 276 ausdrücklich eine „Verwendung zu stempelpflichtigen Urkunden" fordert; daraus folgt, daß § 275[1] nicht blos „diejenige Benutzung im Auge hat, welche das Stempelpapier zc. als solches zum Gegenstande hat und beim Gebrauche echter Werthzeichen die Entrichtung der Abgaben vermitteln würde", sondern daß hier jeder Gebrauch, insbs. auch eine bloße Veräußerung unter Strafe gestellt ist; bestätigt wird diese Ansicht übrigens auch noch durch die Fassung des § 275[2,3], welche nahe legt, daß der Gesetzgeber anderenfalls auch in Nr. 1 der Ausdrucksweise „wer falsches oder gefälschtes Stempelpapier . . . als echt oder zu einem höheren Werthe verwendet" sich bedient haben würde; so: RG. II 20. Juni 82 E. **6** 387, Berlin 2. Feb. 72 O. **13** 115; aM.: Merkel HH. **3** 810, Oppenh. N. 4, 8, Puchelt N. 1; eine Mittelmeinung vertritt Hälschner **2** 567 N. 1, indem er fordert, daß der Gebrauch stets zum Zwecke der Täuschung eines Anderen stattgefunden haben müsse. Nur die eine Beschränkung wird sich, theils aus der Analogie des § 267, theils aus der Natur der Sache, ergeben, daß es um ein Gebrauchmachen gegenüber einem Dritten sich handeln muß, so daß darunter nicht „jedwede Verwendung des betreffenden Werthzeichens zu irgend einem Zwecke oder in irgend einer Weise" (so jedoch d. cit. Berlin) verstanden werden kann; deshalb wird auch die Benutzung von mit falschem Stempel versehenen Spielkarten im eigenen Hause (selbst unter Betheiligung Dritter) nicht unter Nr. 1 fallen, während das cit. RG. mit Recht kein Gewicht darauf legt, ob die „Veräußerung" an einen gutgläubigen oder an einen wissenden Dritten erfolgt; ebenso Hälschner aO.

6) Die Nr. 2 erfordert als Hdlg. „Anfertigung von unechten Werthzeichen, in der Absicht, sie als echt zu verwenden"; zu vgl. ist § 146 S. 1. Als „Anfertigung unechten Stempelpapiers" ist auch der im WechselstempelG. § 23₂ erwähnte Fall anzusehen, daß nämlich ein von einer Urk. abgetrenntes Stempelzeichen zu einer stempelpflichtigen Urk. verwendet wird; so Oppenh. N. 11; aM. v. Schwarze § 276 N. 1, der diesen Fall unter § 276 bringt. Durch die, in Abweichung vom PrStGB. § 253, ausdrücklich erforderte „Absicht, sie als echt zu verwenden", haben Fälle ausgeschlossen werden sollen, in denen die Veräußerung unechter Werthzeichen als unechter (z. B. unechter Briefmarken an Briefmarkensammler) erfolgte. Dagegen erfordert das Gesetz keineswegs die Absicht auf Seiten des Thäters, die unechten Werthzeichen selbst als echte zu verwenden; so: RG. II 20. Juni 82 E. **6** 387, Hälschner **2** 567; aM.: Meves N. 8, Oppenh. N. 10, Puchelt N. 2.

7) Die Nr. 3 erfordert als Hdlg. „Verfälschung von echten Werthzeichen in der Absicht, sie zu einem höheren Werthe zu verwenden"; zu vgl. ist § 146 S. 2. Die Wiederverwerthung bereits zu ihrem bestimmungsgemäßen Zwecke einmal verwendeter Werthzeichen fällt, auch wenn das Entwerthungszeichen vertilgt sein sollte, nicht unter Nr. 3; Dambach GS. **23** 267 (btr. der Postwerthzeichen), Merkel HH. **3** 810. Demgemäß hat auch Jena 4. Mai 76 St. 7 180 zutreffend die Anwendung der Nr. 3 verneint bei Veränderung des Tagesstempels auf einem Chausseegeldzettel, ohne gleichzeitige Verfälschung des das Werthzeichen bildenden Stempels. Wegen der erforderlichen „Absicht" vgl. die entsprechende Ausführung in N. 6.

8) Die Vorsätzlichkeit der Hdlg. wird in Nr. 1 durch das „wissentlich", in den Nr. 2 u. 3 durch die dort geforderte „Absicht" bedingt. Selbstverständlich darf auch das generelle Merkmal des Dolus, das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, nicht fehlen; so auch sachlich übereinstimmend **RG.** II 20. Juni 82 E. **6** 387, denn dasselbe meint mit der „rechtswidrigen Absicht", wie die Bezugnahme auf die §§ 211, 220, 270 ergiebt, eben jenes Bewußtsein (vgl. § 267 N. 46). AM. Berlin 2. Jan. 73 O. **14** 5 (im Falle der Nr. 1 sei nur „wissentlicher" Gebrauch, ohne sonstige „rechtswidrige o. gewinnsüchtige Absicht" nothwendig).

9) Was das Verhältniß der Nr. 2, 3 zur Nr. 1 betrifft, so ist — aus ähnlichen Gründen, wie sie in N. 2 zum § 273 entwickelt sind — eine Konkurrenz ausgeschlossen, derartig daß neben einem Verg. aus Nr. 2 o. 3 nicht noch ein solches aus Nr. 1 vorliegt; Hälschner **2** 567, Merkel HH. **3** 810, Meves N. 9, F. Meyer N. 2, Oppenh. N. 14.

Im übrigen kommt in Betracht namentl. das Verhältniß:

a. zum G. btr. die Telegraphenfreimarken v. 16. Mai 1869 § 2; derselbe ist durch § 275 außer Kraft gesetzt, soweit er nicht die Entwerthung einer bereits entwertheten Freimarke betrifft; so Binding **1** 339, Hälschner **2** 567 N. 4 u. Oppenh. N. 7, während Meves N. 11 vollständige Beseitigung durch § 275 annimmt (vgl. übrigens § 276 N. 3a);

b. zum WechselstempelstG. § 23; derselbe ist durch die §§ 275, 276, 364 aufgehoben; so die GM.;

c. zum SpielkartenstempelG. v. 3. Juli 1878; nach § 12_2 das. kommen die dort angedrohten Strafen neben derjenigen des § 275^1 zur Anwendung.

Soweit aber Stempelgesetze eine derartige, ausdrückliche Vorschrift, wie die zu c. gedachte, nicht enthalten, gelten lediglich die allg. Vorschriften über Idealkonk. des Steuerdeliktes mit dem Verg. aus § 275^1; aM. Puchelt N. 2, welcher stets neben der Strafe aus Nr. 1 diejenige der vorliegenden Hinterziehung eintreten lassen will.

10) Die Hauptstrafe ist Gefängniß von 3 Mt.—5 J. (§ 16). Wg. der Nebenstr. vgl. § 280.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. §§ 73^1, 27.

§. 276.

Wer wissentlich schon einmal zu stempelpflichtigen Urkunden, Schriftstücken oder Formularen verwendetes Stempelpapier oder schon einmal verwendete Stempelmarken oder Stempelblankette, ingleichen Stempelabdrücke, welche zum Zeichen stattgehabter Versteuerung gedient haben, zu stempelpflichtigen Schriftstücken verwendet, wird, außer der Strafe, welche durch die Entziehung der Stempelsteuer begründet ist, mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark bestraft.

Gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher wissentlich schon einmal verwendete Post- oder Telegraphenwerthzeichen nach gänzlicher oder theilweiser Entfernung des Entwerthungszeichens zur Frankirung benutzt. Neben dieser Strafe ist die etwa wegen Entziehung der Post- oder Telegraphengebühren begründete Strafe verwirkt.

PrStGB. (fehlt). Entw. I § 248, II § 271. Aktenst. Nr. 92.

Entw. d. ErgänzungsG. v. 13. Mai 1891 Art. I. Aktenst. 1890/91 Nr. 36, 242.

Vgl. § 364.

1) Im Falle des Abs. 1 besteht die Handlung (vgl. § 275 N. 1—3) in der „wissentlichen Verwendung schon einmal zum Zwecke der Verstempelung verwendeter Stempelwerthzeichen zu stempelpflichtigen Schriftstücken". Hier also verlangt das Gesetz, im Gegensatze zum § 275 (das. N. 5b), einen „bestimmungsmäßigen Gebrauch"; RG. II 20. Juni 82 E. 6 387. Aus dem Worte „Formular", d. h. einem noch nicht durch Ausfüllung u. Unterzeichnung zu einer Urk. gewordenen Schriftstücke, folgt, daß auch derjenige, der wissentlich eine auf ein Vollmachtsblankett geklebte u. zu demselben kassirte Stempelmarke mit einer stempelpflichtigen Urk. in eine als Verwendnng zu derselben sich darstellende Verbindung bringt, nach § 276 strafbar ist; Berlin KG. 23. Juni 81 Jahrb. 2 224.

Ob bei der Wiederverwerthung die Entwerthungszeichen abgeändert bzw. beseitigt wurden oder nicht, ist für den Thatbestand gleichgültig; so die GM., insbs. die Motive. Geschieht übrigens die Abänderung des ursprünglichen und die Anfertigung eines neuen Entwerthungsvermerkes nur zu dem Zwecke, die Wiederverwendung von bereits einmal verwendeten Stempelmarken 2c. auszuführen, so fällt die That nicht unter die §§ 267, 268, sondern lediglich unter § 276, indem jene Hdlg., als das mindestens regelmäßig anzuwendende Mittel zur Begehung der Strafthat aus § 276, in dessen Thatbestand mit aufgeht; so RG. III 12/19. Nov. 88 E. 18 286 (bezüglich der Beseitigung sei dies schon durch das in N. 1b zu § 275 cit. III 19. Apr. 88 anerkannt, es liege aber kein innerer Grund vor, die Aenderung des Kassationsvermerkes anders zu behandeln wie die gänzliche Beseitigung).

Wegen des Verhältnisses zum WechselstempelG. § 23 vgl. § 275 N. 9b.

2) Der im Falle des — erst zuf. G. v. 13. Mai 1891 (s. § 275 N. 1b) hinzugefügte — Abs. 2 enthält einen wesentlich entsprechenden Thatbestand hinsichtlich der „Post- u. Telegraphenwerthzeichen", wie Abs. 1 hinsichtlich der Stempelwerthzeichen; auch hier handelt es sich um einen „bestimmungsgemäßen Gebrauch", insofern „schon einmal verwendete" Post- o. Telegraphenwerthzeichen nochmals „zur Frankirung benutzt" werden. Abweichend bildet jedoch hier die „gänzliche oder theilweise Entfernung des Entwerthungszeichens" ein Thatbestandsmerkmal, freilich insofern nur ein objektives, als es nicht darauf ankommt, daß der Thäter die Entfernung vorgenommen habe; andererseits freilich bedingt die „Wissentlichkeit", daß der Thäter von der Entfernung Kenntniß hat (vgl. Komm.Bericht im Aktenst. Nr. 242 S. 1841). Bei Wiederbenutzung zur Frankirung ohne solche Entfernung finden deshalb, wie früher, die Strafvorschriften der §§ 27³, 28 das G. über d. Postwesen v. 28. Okt. 1871 bzw. der § 2 des G. über die Telegraphenfreimarken v. 16. Mai 1869 Anwendung.

3) Die Bestimmung, wonach Strafe aus § 276 zu verhängen ist „außer der Strafe, welche durch Entziehung der Stempelsteuer begründet ist," (Abs. 1), bzw. „außer der etwa wegen Entziehung der Post- o. Telegraphengebühren begründeten Strafe" (Abs. 2) enthält eine im fiskalischen Interesse getroffene Ausnahme vom § 73; vgl. Merkel HH. 3 811.

4) Die Strafe ist im Falle des Abs. 1, wie auch des Abs. 2 (wg. „Gleiche Strafe trifft" vgl. § 49a N. 21₂) Geldstr. von 3—600 M. (§ 27), welche gemäß § 28 (das. N. 6a) für den Nichtbeitreiblichkeitsfall auch in Haft umgewandelt werden kann.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67₂ (das. N. 14) in drei Jahren.

Zuständig ist SchöffenG.; GVG. § 27².

§. 277.

Wer unter der ihm nicht zustehenden Bezeichnung als Arzt oder als eine andere approbirte Medizinalperson oder unberechtigt unter dem Namen solcher Personen ein Zeugniß über seinen oder eines Anderen Gesundheitszustand ausstellt oder ein derartiges echtes Zeugniß verfälscht, und davon zur Täuschung von Behörden oder Versicherungsgesellschaften Gebrauch macht, wird mit Gefängniß bis zu Einem Jahre bestraft.

PrStGB. § 256. Entw. I § 252, II § 272. Aktenst. Nr. 92.
Vgl. §§ 279, 280.

Zu §§ 277—279. N. 1—3.

1) Die §§ 277–279 betreffen strafb. Hdlgen in Bezug auf Gesundheitszeugnisse, d. h. Zeugnisse, welche über den Gesundheitszustand eines Menschen („über seinen oder eines Anderen") wirklich oder scheinbar von einer approbirten Medizinalperson ausgestellt sind.

Nach den Motiven ist die Einschränkung auf „approbirte" Medizinalpersonen durch die GewerbeO. geboten gewesen, welche die Ausübung der Heilkunde freigegeben hatte. Es bedürfen nun nach GewerbeO. § 29 einer, auf Grund eines Nachweises der Befähigung zu ertheilenden, Approbation diejenigen Personen, welche als Aerzte (Wundärzte, Augenärzte, Geburtshelfer, Zahnärzte) oder mit gleichbedeutenden Titeln sich bezeichnen oder seitens des Staats oder einer Gemeinde als solche anerkannt oder mit amtlichen Funktionen betraut werden sollen. Müssen sonach diese Medizinalpersonen unbedingt „approbirt" sein, so schließt die GewerbeO., welche im Gebiete des Medizinalwesens nur einzelne grundsätzliche Bestimmungen treffen wollte, weder aus, „daß landesrechtlich andere Personen als Medizinalpersonen angesehen werden, noch daß auch von ihnen die Approbation gefordert werde"; demnach richten die §§ 277—279 ihre Strafbestimmungen auch gegen solche Personen, welche landesrechtlich zu den „approbirten Medizinalpersonen" gehören, wie z. B. in Bayern die Bader; **RG.** I 8. Mai 82 **E. 6** 260.

Was speziell die „Hebammen" betrifft, so bedürfen dieselben nach GewerbeO. §30, zwar eines „Prüfungszeugnisses", nicht aber einer „Approbation"; somit gehören die „Hebammen" nach der GewerbeO. nicht zu den approbirten Medizinalpersonen; so: **RG.** III 27. März 84 **E. 10** 340, F. Meyer N. 1, Rubo N. 1, Rüd.-St. N. 1, v. Schwarze N. 2; aM.: Hälschner **2** 569 N. 1, Merkel HH. **3** 811 N. 1, Oppenh. N. 2, Puchelt N. 1. Nach der obigen Ausführung ist aber wohl möglich, daß nach Landesgesetzen auch die Hebammen zu den „approbirten Medizinalpersonen" zu rechnen sind; v. Liszt S. 552 N. 9.

2) Die in Nr. 1 bezeichneten Gesundheitszeugnisse, zu welchen somit Zeugnisse über den Gesundheitszustand eines Thieres niemals gehören, müssen „zur Täuschung von Behörden (vgl. § 114 N. 1) oder Versicherungsgesellschaften" ausgestellt sein oder dienen.

Unter „Versicherungsgesellschaften" können nur solche verstanden werden, welche das menschliche Leben zur Basis haben, wie Lebens- u. Altersversicherungsgesellschaften.

3) Durch die in Nr. 1 u. 2 hervorgehobenen Punkte charakterisiren die Vorschriften der §§ 277—279 sich als spezielle, welche die allg. Vorschriften in den §§ 267—270 auch bei etwa vorliegender auf Verschaffung eines Vermögensvortheils oder auf Schädigung eines Anderen gerichteten Absicht ausschließen; **RG.** I 1. Dez. 81 **E. 6** 1.

Zu § 277. N. 4—6.

4) Die verschiedenen Mischthatbestände des § 277, welcher in seiner ersten Alternative mit demjenigen des § 132 Aehnlichkeit hat (Puchelt N. 2), entsprechen übrigens, abgesehen von den in den N. 1 u. 2 hervorgehobenen Besonderheiten, wesentlich denjenigen des § 267, freilich bei unbedingter Strafbarkeit des als „Arzt" sich unterzeichnenden Nichtarztes (§ 267 N. 32, 34,).

Das „Gebrauchmachen zur Täuschung von Behörden 2c." bildet ein Merkmal bei sämmtlichen der einzelnen Mischthatbestände; Oppenh. N. 3, v. Schwarze N. 6.

Die „Täuschung" braucht keineswegs die materielle Richtigkeit des Inhaltes des Zeugnisses zu betreffen; abgesehen von der letzten Alternative (Verfälschung eines echten Zeugnisses) handelt es sich vielmehr gerade um eine Täuschung über die Person des Ausstellers bzw. dessen Eigenschaft als „approbirter Medizinalperson"; so: **RG.** III 28. Nov. 89 **E. 20** 138, Hälschner **2** 569, F. Meyer N. 3, Oppenh. N. 4, Puchelt N. 2, Rubo N. 4, Rüd.-St. N. 2, v. Schwarze N. 1; aM.: Berlin 13. Okt. 75 **O. 23** 539 (§ 277 treffe nicht zu, wenn der bescheinigte Gesundheitszustand wirklich so beschaffen gewesen, wie in dem Attest bezeugt worden; es könnten alsdann die §§ 267 ff. Anwendung finden), Merkel HH. **3** 812.

5) Idealkonk. (§ 73) kann namentl. mit dem Verg. aus der GewerbeO. § 147[3] vorliegen; F. Meyer N. 2, Oppenh. N. 1.

6) Die Hauptstrafe ist Gefängniß v. 1 T.—1 J. (§ 16). Wg. der Nebenstr. vgl. § 280
Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.
Zuständig ist **Strafk.**; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 278.

Aerzte und andere approbirte Medizinalpersonen, welche ein unrichtiges Zeugniß über den Gesundheitszustand eines Menschen zum Gebrauche bei einer Behörde oder Versicherungsgesellschaft wider besseres Wissen ausstellen, werden mit Gefängniß von Einem Monat bis zu zwei Jahren bestraft.

PrStGB. § 257. Entw. I § 253, II § 273.

Vgl. §§ 279, 280.

1) Die strafb. Hdlg. (vgl. § 277 N. 1, 2) besteht in einer materiell unrichtigen Beurkundung; deshalb bietet der Thatbestand Aehnlichkeit mit § 348_1. Die beabsichtigte Täuschung muß auf den attestirten Gesundheitszustand sich beziehen.

Wegen „wider besseres Wissen" vgl. § 164 N. 6 ff., insbs. N. 7, wonach ein dolus eventualis unzureichend ist; aM. Lucas Subj. Verschuldg. S. 45, der hier die Regel, nach welcher „wider besseres Wissen" nichts anderes als „wissentlich" bedeute, für eintretend erachtet. Wird materiell die Wahrheit bezeugt, welche der Aussteller irriger Weise für unrichtig hielt, so liegt der objektive Thatbestand nicht vor, sondern nur ein strafloser Versuch; Blum N. 1, Oppenh. N. 1, Rüd.-St. N. 3, Puchelt N. 2.

2) Die Hauptstrafe ist Gefängniß v. 1 Mt.—2 J. (§ 16). Wg. der Nebenstr. vgl. § 280.
Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.
Zuständig ist **Strafk.**; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 279.

Wer, um eine Behörde oder eine Versicherungsgesellschaft über seinen oder eines Anderen Gesundheitszustand zu täuschen, von einem Zeugnisse der in den §§. 277 und 278 bezeichneten Art Gebrauch macht, wird mit Gefängniß bis zu Einem Jahre bestraft.

PrStGB. § 258. Entw. I § 254, II § 274.

Vgl. § 280.

1) Der Thatbestand (vgl. § 277 N. 1, 2) berührt sich mit demjenigen des § 270. Das Erforderniß der „Wissenschaft" davon, daß das Zeugniß der in den §§ 277, 278 bezeichneten Art sei, ergiebt sich zweifellos aus dem Gebrauche „zum Zwecke der Täuschung über den Gesundheitszustand".

2) Idealkonk. (§ 73) mit dem Verg. aus § 277 (falls der Aussteller selbst von dem Zeugnisse Gebrauch macht) ist für ausgeschlossen zu erachten; vgl. §§ 273 N. 2, 275 N. 9; aM. Rubo N. 3.

3) Die Hauptstrafe ist Gefängniß von 1 T.—1 J. (§ 16). Wg. der Nebenstr. vgl. § 280.
Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.
Zuständig ist **Strafk.**; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 280.

Neben einer nach Vorschrift der §§. 267, 274, 275, 277 bis 279 erkannten Gefängnißstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

PrStGB. §§ 248, 250, 251, 253, 256—258. Entw. I §§ 239, 247, 252—256, II § 275.

1) Die Aberkennung der bER. ist von der allgemeinen, im Falle des § 275 wegen des Strafminimums stets zutreffenden, Voraussetzung des § 32_1, daß die Dauer der erkannten Strafe drei Monate erreiche, abhängig (§ 32 N. 5, 6a).

Fünfundzwanzigster Abschnitt.*)

Strafbarer Eigennutz und Verletzung fremder Geheimnisse.

1) Wie Abschn. 7 (das. N. 1), so läßt auch Abschn. 25 als ein „Sammeltitel“ sich bezeichnen; denn in ihm sind eine Anzahl Delikte zusammengestellt, „welche keinen einheitlichen Charakter zeigen und durch kein wesentliches gemeinsames Merkmal verbunden sind“, und zwar lediglich deshalb, weil sie den anderen Abschn. des StGB. sich „nicht systematisch einfügen ließen“; Merkel HH. **3** 826. Legt man die Ueberschrift des Abschn. der Eintheilung zu Grunde, so bilden die „Verletzungen fremder Geheimnisse“ (§§ 299, 300) anscheinend nur eine „willkürliche“ Einschaltung (Berner S. 598) in der Reihe der Fälle des strafbaren Eigennutzes; allein das Moment des „Eigennutzes“ spielt zwar, wie Merkel aO. ausführt, „bei den meisten dahin gehörigen Hdlgen eine Rolle, ist jedoch keineswegs allgemein zu einem Merkmal des gesetzlichen Thatbestandes erhoben, hat vielmehr zu den meisten Deliktsarten kein anderes Verhältniß wie zu der Verletzung fremder Geheimnisse, d. h. es bildet den gewöhnlichen, aber begrifflich nicht vorausgesetzten Grund der Handlung.“ Wenn übrigens Merkel endlich betont, daß die Fälle der §§ 284—286 eine „wesentlich andere Natur“ hätten als alle anderen, so ist dieses wenigstens bezüglich der §§ 285, 286 zuzugeben, da sie entschieden einem sittenpolizeilichen Gesichtspunkte entsprungen sind.

Aus alledem folgt mit Nothwendigkeit, daß die Bezeichnung „strafbarer Eigennutz“ in der Ueberschrift des Abschn. 25 zur Erläuterung des Thatbestandes der einzelnen daselbst behandelten Delikte nicht verwerthet, daß namentl. aus derselben das Merkmal der „gewinnsüchtigen Absicht“ nicht gefolgert werden darf; so: **RG.** I 23. Sept. 86 R. 8 555 (btr. § 292), II 26. Feb. 89 E. **19** 25, Wolfenbüttel 29. Sept. 76 St. **6** 362, Dresden 19. Nov. 78 G. **27** 390 (letztere drei btr. § 288), Hälschner **1** 113, **2** 215, Oppenh. N. 1; aM. Jena 25. Jan. 72 St. **1** 273 (btr. § 289; das. N. 11).

2) Die, unter sich keineswegs systematisch geordneten, Fälle des sog. strafb. Eigennutzes speziell lassen sich, im Anschluß an H. Meyer S. XIII f., charakterisiren als:

I. Rechtswidrigkeiten gegen Sachen (§§ 289—296a), und zwar: a. furtum possessionis (§ 289), b. furtum usus (§ 290), c. Munitonsaneignung (§ 291), d. Verletzungen des Okkupationsrechtes durch unberechtigte Ausübung der Jagd (§§ 292—295) und der Fischerei (§§ 296, 296a).

II. Verletzungen bestehender Schuldverhältnisse (§§ 288, 298), und zwar a. durch Vollstreckungsvereitelung (§ 288), b. durch Entlaufen mit der Heuer (§ 298).

III. Gefährdungen vermögensrechtlicher Interessen (§§ 284—286, 297, 301—302d) und zwar: a. durch strafbare Ausbeutung, speziell: 1. Glücksspiel (§§ 284—286), 2. Kreditiren an Minderjährige (§§ 301, 302), 3. Wucher (§§ 302a—d); b. durch Anbordnahme von Kontrebande (§ 297).

3) Schon aus den vorhergehenden Ausführungen (N. 1, 2) ergiebt sich, daß von der Regelung der „Materie des strafb. Eigennutzes“ im Abschn. 25 keine Rede sein kann; es kommt dazu, daß das „Vermögen“, welches allein als Objekt des „strafb. Eigennutzes“ gedacht werden kann, ein so „generelles Objekt“ ist (Binding Normen **1** 351), daß es für die mannigfaltigsten und wichtigsten, in anderen Abschn. behandelten Delikte gleichfalls in Frage kommt, diese somit nicht minder als „strafb. Eigennutz“ würden bezeichnet werden können; so auch die GM., insbs.: **RG.** I 27. März 84 E. **10** 220, Berlin 11. Sept. 74 O. **15** 555; aM. Berlin 25. Juni 74 O. **15** 448.

Die Inhaltsübersicht (N. 2) läßt vielmehr erkennen, daß es nur darum sich handeln kann, bei Erörterung der einzelnen Deliktsgruppen festzustellen, welche speziellen Materien des weiten Gebietes des „strafb. Eigennutzes“ im Abschn. 25 ihre Regelung gefunden haben. Nicht geregelt ist:

a) Die Materie der unbefugten Gewinnung bzw. Aneignung von Mine-

*) Vierundzwanzigster Abschnitt. Bankerutt. Derselbe ist ersetzt durch die KonkursO. vom 10. Feb. 1877. Drittes Buch. Strafbestimmungen. §§ 209—214 (RGBl. S. 388 f.).

ralien und von Bernstein; denn keine einzige Bestimmung des Abschn. 25 berührt dieses Gebiet; so auch die Motive zum Entw. II § 292 (StGB. § 296); vgl. § 242 N. 36c.

b) Die Materie des Abhaltens vom Mit- oder Weiterbieten bei öffentlichen Versteigerungen. Auch dieses Gebiet wird in keinem §. des Abschn. 25 berührt; man darf daher aus dem „Schweigen des StGB." an sich hier sowenig wie bei der Materie betreffend die unbefugte Gewinnung von Mineralien folgern, daß die landesgesetzlichen Vorschriften beseitigt seien; vgl. v. Kirchmann S. 176, 180. Aus der Entstehungsgeschichte des Absch. 25 ergiebt sich aber nicht, daß jene Hdlg. in der That überhaupt straflos bleiben sollte; der Entw. II § 283 schlug, im Anschluß an § 270 des Pr. und Art. 335 des BayerStGB., die Aufnahme eines entsprechenden Deliktes vor; dieselbe wurde aber im RT. namentl. deshalb abgelehnt, weil man annahm, daß die fraglichen Hdlgen, soweit sie nicht unter die allg. Strafgesetze fielen, als unsittliche und deshalb strafwürdige nicht anzusehen seien; allein hierdurch ist nur die Meinung eines der Faktoren der Reichsgesetzgebung zum Ausdruck gelangt, nicht aber haben alle maßgebenden Faktoren ihren Willen dahin ausgesprochen, daß die Hdlg. straflos sein solle; daß der Entw. d. StGB. Art. II § 287a die Einfügung einer btr. Bestimmung in das StGB. vorschlug, beweist nichts für den Willen des Bundesraths zur Zeit der Vereinbarung des StGB. und erklärt sich außerdem genügend durch die Praxis des PrOTr. (s. u.). Eine indirekte Regelung der Materie (EG. § 2 N. 5) ist somit nicht nachweisbar und muß deshalb die fortdauernde Geltung der bezüglichen Bestimmungen der Landesstrafgesetzbücher (die als solche nicht außer Kraft gesetzt sind; vgl. EG. § 2 N. 1 letzt. Abs.) behauptet werden, soweit nicht ausdrückliche Aufhebung erfolgt ist; deshalb sind insbs. PrStGB. § 270 und Code pénal art. 412_2 noch in Geltung. So: RG. 27. März 84 (s. o.), IV 6. März 88 E. **17** 202, I 10. Dez. 88 R. **10** 713, v. Liszt S. 97, Merkel HH. **4** 77, Rüd.-St. S. 41 N. 13, Meves G. **23** 25 (s. jedoch u.). AM.: Berlin 25. Juni, 11. Sept., 19. Nov. 74, O. **15** 448, 555, 801, H. Meyer S. 147 N. 12 (keiner der in das RStGB. nicht hinübergenommenen Vorschriften des PrStGB. komme Gültigkeit zu), Oppenh. EG. § 2 N. 22, Ziebarth Forstr. S. 385 (weil ein Theil des Thuns unter § 249 falle, ein anderer möglicherweise unter § 263 fallen könne, die Materien der Nöthigg. u. des Betr. aber vollständig geregelt seien); neuerdings bezeichnet auch Meves G. **37** 163 N. 5 die Entscheidungen des RG. als recht bedenklich. Wg. Anstiftung zum Verg. aus § 270 seitens des vom Bieten Abstehenden vgl. o. Th. I Abschn. 3 N. 9a.

c) Die Materie des Fabrik- u. Industrieschutzes (abgesehen von der Einzelbestimmung des früheren § 287); deshalb steht art. 418 des Code pénal btr. den Verrath von Fabrikgeheimnissen noch in Geltung; RG. I 3. Jan. 87 E. **15** 140.

§. 284.

Wer aus dem Glücksspiele ein Gewerbe macht, wird mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft, neben welchem auf Geldstrafe von dreihundert bis zu sechstausend Mark, sowie auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann.

Ist der Verurtheilte ein Ausländer, so ist die Landespolizeibehörde befugt, denselben aus dem Bundesgebiete zu verweisen.

PrStGB. § 266. Entw. I § 266, II § 279. Aktenst. Nr. 92.

Zu §§ 284–286, 360^{14}. N. 1—7.

1) Die §§ 284—286 u. 360^{14} handeln sämmtlich vom Glücksspiel i. w. S., dessen Begriff den allgemeineren des Spiels voraussetzt.

Was Spiel sei, läßt sich nur im Zusammenhang damit erörtern, was unter „Wette" zu verstehen sei; denn mit der GM. ist an dem begrifflichen Unterschiede beider festzuhalten. Die von Stenglein ZfStRW. **3** 143, auch Rüd.-St. N. 2 vertheidigte gegentheilige Ansicht, der Geyer **2** 72 u. v. Liszt S. 499 (vgl. auch Pfizer GS. **41** 358) sich angeschlossen haben, erscheint selbst in ihrer Beschränkung auf das RStGB. nicht richtig. Mag auch die Grenze

zwischen Spiel und Wette theoretisch, und oft genug auch praktisch, schwer zu ziehen sein, mag auch die Verschiedenheit beider wesentlich im Civilrechte beruhen, so rechtfertigt das doch nicht die Annahme, daß der Gesetzgeber bei Abfassung des StGB. den damals fast nicht bestrittenen Unterschied zwischen Spiel und Wette gänzlich außer Acht gelassen und als nicht bestehend behandelt habe.

Der GM. ist ferner auch darin beizupflichten, daß der Unterschied zwischen Spiel u. Wette kein äußerlicher sei, da beide in äußerlich gleicher Weise sich abwickeln können und sowohl beim Spiel- wie beim Wettvertrage Gewinn auf der einen und Verlust auf der andern Seite abhängig gemacht werden entweder von dem Ausfall einer von den Kontrahenten, sei es einseitig oder beiderseitig, planmäßig bzw. nach vorausbestimmten oder feststehenden Regeln vorgenommenen Thätigkeit oder von dem zukünftigen oder bereits stattgefundenen, aber den Parteien unbekannten Eintritt oder Nichteintritt irgend einer Thatsache, welche zur Entscheidung über Gewinn oder Verlust benutzt wird. Der Unterschied ist vielmehr lediglich in dem inneren Momente begründet, ob die Parteien einen Meinungskampf entschieden sehen wollen oder nicht; im ersteren Falle liegt „Wette", im letzteren „Spiel" vor; die Absicht der Kontrahenten, der Sinn, in welchem sie den Vertrag vereinbaren, ist somit das Entscheidende. So insbs.: **RG.** III 29. Apr., II 30. Juni, 7. Juli 82, E. **6** 172, 421, **7** 21, PrOVG. 6. Apr. 82 ZfStRW. **2** 551, Hälschner **2** 444.

2) „Glücksspiel" i. w. S. ist ein solches Spiel, bei welchem die Entscheidung über Gewinn oder Verlust allein oder hauptsächlich vom Zufall, d. h. von Vorgängen, die menschlicher Berechnung sich entziehen, nicht aber wesentlich von der Kraft, dem Geschick oder der Ueberlegung der Spielenden abhängt; so die GM., insbs.: **RG.** III 10. Dez. 79 29. Apr., II 28. Feb., 30. Juni 82, **IV** 10. Okt. 90, E. **1** 118, **6** 172, 70, 421, **21** 107, III 13. Okt. 80 R. **1** 331, Berlin 8. Juli, 21. Nov. 72, 12. Juli 76, St. **2** 59, 237, **6** 356.

Ein Glücksspiel, dessen Gegenstand einen Vermögenswerth nicht hat, ist für das Recht und ganz besonders für das Strafrecht bedeutungslos; das Glücksspiel im rechtlichen S setzt daher jenes Erforderniß voraus. So: **RG.** II 28. Feb., 7. Juli 82, E. **6** 70, **7** 21, IV 3. Nov. 85 R. **7** 636, Berlin 8. Juli, 21. Nov. 72, St. **2** 59, 237, Berner S. 598, Geyer 2 72, Hälschner **2** 443, v. Liszt S. 499, Blum N. 1, Rüd.-St. N. 4. AM. diejenigen, welche das Erforderniß des „Vermögenswerthes" der Objekte nur im Falle des § 284 auf Grund des Begriffes der „Gewerbsmäßigkeit" aufstellen; so insbs. Puchelt N. 2 u. v. Schwarze N. 3, auch Merkel HH. **3** 828 (vgl. jedoch jetzt Lehrbuch S. 342).

Der Begriff „Vermögenswerth" ist ein relativer; so sind namentl. auch alle diejenigen Gegenstände, um welche man in Privatkreisen lediglich zur Unterhaltung zu spielen pflegt, kaum jemals eines jeden Vermögenswerthes baar; demnach wird man auch zur Beurtheilung der Frage, ob ein „Vermögenswerth" den Gegenstand des Spieles bilde, einen relativen Maßstab insofern anzulegen haben, als man die Gesammtverhältnisse, die beim Spiel vorliegen, insbs. auch die sozialen Verhältnisse des gesammten Kreises der Spieler, wenn auch nicht die Vermögensverhältnisse eines einzelnen Spielers, zu berücksichtigen haben wird; ob ein einzelner der Spieler den Verlust eines Vermögensobjektes empfindet oder nicht, erscheint gleichgültig, nicht aber, ob das Objekt ein derartiges, daß es im Kreise der Mitspielenden überhaupt als ein Vermögensobjekt nicht betrachtet wird. Dabei wird man immer sich gegenwärtig halten müssen, daß eine solche Anschauung nur bei in der That geringfügigen Vermögensobjekten überhaupt gerechtfertigt erscheinen kann; denn es kann sich nicht darum handeln, ob der Verlust ohne nachtheilige Folgen für die Vermögensverhältnisse der Spielenden ertragen werden könne, sondern ob „Vermögensobjekte" den Gegenstand des Spiels bilden, und dabei bleibt objektiv zu berücksichtigen, daß auch der Wohlhabendste für verhältnißmäßig kleine Summen einzelne Bedürfnisse des Lebens bestreiten kann. Die Meinungen über diese Frage sind getheilt; so neigen der Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse zu: Berlin 8. Juli 72, 20. Feb. 74, St. **2** 59, O. **15** 107, Hälschner **2** 449, Oppenh. N. 2 u. § 285 N. 3, v. Schwarze N. 2 a, auch Geyer 2 72 f., der jedoch darauf Gewicht legt, ob das Spiel die wirthschaftl. Lage des Spielers gefährde, während die citt. **RG.** 28. Feb. 82 u. 3. Nov. 85 durch den Umstand, daß der Ausgang des Spiels für die

einzelnen Spieler mit Rücksicht auf deren Vermögensverhältnisse nicht von erheblicher pekuniärer Bedeutung sein könne, den Begriff eines Glücksspiels nicht für ausgeschlossen erachten, ferner aber RG. IV 1. Nov. 87, 11. Jan., 28. Mai 89, R. **9** 547, E. **18** 342, **19** 253, nur die allgemeine gesellschaftliche Anschauung (wg. eines darüber herrschenden Irrthums vgl. § 59 N. 2 aE.), nicht diejenige einzelner Gesellschaftskreise für maßgebend erachten; letzteres führt außerdem aus (was bedenklich erscheint), daß, da der Werth des Spielobjektes einen wesentlichen Bestandtheil des Rechtsbegriffes des Glücksspieles darstelle, die Frage, ob der Gegenstand nach allg. gesellschaftl. Anschauung überhaupt einen Vermögenswerth habe, nicht rein thatsächl. Natur, sondern bei der rechtlichen Prüfung der Sachlage zu entscheiden sei.

Im Zusammenhang hiermit steht die fernere Frage, ob das Glücksspiel begrifflich eine gewinnsüchtige Absicht erfordere; diese Frage wird mit Recht verneint, indem jene Absicht nur als ein Merkmal des „gewerbsmäßigen" Glücksspiels anzusehen ist (N. 8); so die GM., insbs.: RG. II 28. Feb., 7. Juli 82, E. **6** 70, **7** 21, IV 3. Nov. 85 R. **7** 636, 11. Jan. 89 (s. o.), Berlin 8. Juli, 21. Nov. 72, St. **2** 59, 237; aM. Stuttgart 29. Aug. 77 St. **8** 265, auch das cit. Berlin 20. Feb. 74 insofern, als es die „Absicht, einen Vermögensvortheil zu erlangen," erfordert, und diese, wie Merkel HH. **4** 455 bemerkt, beim Glücksspiel von der „gewinnsüchtigen Absicht" praktisch sich nicht unterscheiden würde (vgl. auch §§ 133 N. 8, 263 N. 43); übrigens fordert Merkel jetzt Lehrbuch S. 342 selbst eine auf Geldgewinn gerichtete Absicht. Diese letztere Entscheidung legt, allerdings mit den Meisten, welche alle „zur Unterhaltung" unternommenen Spiele als Glücksspiele nicht ansehen, auf das Motiv ein Gewicht, welches demselben hier sowenig wie sonst im Strafrecht zukommt; nur das objektive Erforderniß, daß die Gegenstände des Spiels einen Vermögenswerth haben, ist in der Sache begründet.

3) Abgesehen von den u. N. 4 zu erwähnenden Lotterien und Ausspielungen sind in der Praxis als „Glücksspiele" erachtet worden: das sog. „Kümmelblättchen" und das „Dreikartspiel" (RG. III 10. Dez. 79, 13. Okt. 80, E. **1** 118, R. **2** 331), die sog. „Kartenlotterie" o. das „Kartenlotto" (RG. II 29. Sept, 85 E. **12** 388 — s. u. N. 7 —, IV 11. Jan. 89 E. **18** 342), das sog. „Mauscheln" (RG. IV 15. Feb. 89 G. **37** 159), die sog. „lustige Sieben" (Dresden 17. Juni 72 St **2** 115). Dabei ist jedoch nicht außer Acht zu lassen, daß nach den maßgebenden thatsächl. Feststellungen unter Umständen auch bei solchen Spielen die Qualität als Glücksspiel zu verneinen sein kann; vgl. Meves G. **37** 161 N. 3 u. namentl. RG. IV 19. Sept. 90 G. **38** 350 (ein Rechtsgrundsatz, daß das Mauscheln ein Glücksspiel sei, sei vom RG. nicht aufgestellt).

Lebhaft erörtert worden ist, inwiefern Verträge, die selbst als „Wetten" sich bezeichnen, dennoch als Spiele bzw. Glücksspiele anzusehen seien; letzteres ist zunächst zweifellos nur dann möglich, wenn die Entscheidung über Gewinn oder Verlust wesentlich vom Zufalle abhängt; Dresden 17. Juni 78 St. **8** 264. Im übrigen ist bei den, namentl. die sog. Wetten bei Gelegenheit von Pferderennen betreffenden, Erörterungen mit Recht nur auf das Wesen der Sache (s. o. N. 1) gesehen und deshalb weder der Name, noch die formelle Aufstellung einer Meinungsstreitigkeit für entscheidend erachtet, sondern vielmehr lediglich untersucht worden, ob in Wahrheit die Austragung einer Meinungsdifferenz oder etwa nur die Erzielung eines Gewinnes der Absicht der Kontrahirenden entsprach. Nach der Entwickelung, welche die bei den Pferderennen obwaltenden Verhältnisse thatsächlich genommen haben, sind deshalb für, bei Gelegenheit von Pferderennen betriebene, Glücksspiele in der Praxis (im Resultate zustimmend v. Liszt S. 499) erachtet worden: das sog. Buchmachen, d. h. die (gewerbsmäßig betriebene) Aufforderung zur Eingehung von sog. Wetten; RG. III 29. Apr., 12. Juli 82, E. **6** 172, R. **4** 692; die sog. Wetten am Totalisator; RG. II 30. Juni, 7. Juli 82, E. **6** 421, **7** 21, PrOVG. 6. Apr. 82 ZfStRW. **2** 551. Vgl. übrigens § 360[14].

4) Zu den Glücksspielen in dem erläuterten S. gehören unbedingt auch die Lotterien und Ausspielungen (§ 286 N. 2), sobald der Gegenstand derselben einen Vermögenswerth hat. Richtig ist allerdings, daß das StGB. in den §§ 284, 285, 360[14] Ausspielungen nicht mit meint, daß es somit dort „Glücksspiele" in einem engeren S. faßt (N. 7). Allein das

ändert nichts daran, daß die Ausspielung ihrer Natur nach ein Glücksspiel ist, und zwar in dem S., den an sich auch das StGB. damit verbindet, obschon die eben bezeichneten Bestimmungen speziell nur Glücksspiele abgesehen von den Ausspielungen betreffen. So: RG. II 1. Apr. 84 E. 10 245, v. Liszt S. 500, H. Meyer S. 751, Rubo N. 2, während im übrigen durchweg nur der Unterschied betont wird, den das StGB. in den §§ 284, 285, 360[14] einerseits und im § 286 andererseits zwischen beiden macht.

5) Nach dem inneren, nur äußerlich mit Rücksicht auf die Strafandrohung im § 360 durchbrochenen, Zusammenhange der in den §§ 284—286, 360[14] gegebenen Bestimmungen muß i. V. mit den Ausführungen in N. 1—4 angenommen werden, daß in jenen §§. die „Materie des strafb. Glücksspiels" i. S. des EG. § 2 geregelt worden ist; so auch RG. III 3. Mai 89 E. 18 1, das jedoch noch einen Schritt weitergehend annimmt, daß durch jene Vorschriften die Betheiligung am Spiele überhaupt nach allen Richtungen habe geordnet werden sollen, weshalb die Vorschriften des Kgl. SächsR. über Ausspielungen mittels erlaubter Spiele für aufgehoben zu erachten seien. Die Befassung mit dem „Glücksspiele" wird nicht an und für sich bestraft, sondern nur unter gewissen Verhältnissen, die gefunden werden theils in der Art des Betriebes, sei es bei gewissen Glücksspielen in dem positiven Momente der Gewerbsmäßgkt. (§ 284), sei es bei anderen in dem negativen der fehlenden obrigkeitl. Erlaubniß (§ 286), theils in der Persönlichkeit des damit sich Befassenden (§ 285), theils endlich in dem Orte der Vornahme (§§ 285, 360[14]). Indem so das StGB. die Befassung mit dem Glücksspiele positiv nach den verschiedensten Richtungen für strafbar erklärt, hat es damit umgekehrt negativ andere Arten der Befassung mit dem Glücksspiele für straflos erklärt.

6) Nach EG. § 2_1 ist dasjenige Landesstrafrecht, welches die Materie der strafb. Befassung mit dem Glücksspiele (N. 5) betrifft, außer Kraft getreten bzw. nach RV. Art. 2 rechtsunverbindlich. Das gilt namentl. von den landesgesetzlichen Verboten:

a) Btr. das Spiel in auswärtigen Lotterien bzw. Kollektiren für dieselben, insbs. von dem PrG. v. 29 Juli 1885 (dessen § 3 außerdem dem PreßG. § 1 widerspricht). So Rubo N. 4 und v. Liszt S. 501 N. 1. Die GM. ist entgegengesetzt, insbs. RG. III 3. Mai 88 E. 18 1 (gelegentlich) u. btr. der früheren PrV. v. 5. Juli 1847 u. 25. Juni 1867: RG. III 13. März, II 24. Feb. 80, 11. Juli 82, E. 1 274, 219, R. 4 686, Berlin OTr. und OAG. konstant, z. B. 12. Okt. 71, 24. Jan. 72, O. 12 509, 13 75, dsgl. Berlin KG. 17. Apr. 82 Jahrb. 3 362, namentl. auch die Motive zum Entw. II § 281. Allein ohne deren Bemerkung, die das cit. RG. 3. Mai 88 als das einzige Argument anführt, würde „jeder Richter die Bestimmung für aufgehoben erachtet haben"; so v. Kirchmann N. 1, mit der weiteren Ausführung, die Ansicht der Motive könne nur durch die in ihren Konsequenzen höchst bedenkliche Wendung gerechtfertigt werden, daß EG. § 2 auf das „unmittelbar in dem StGB. Enthaltene oder Angeordnete zu beschränken sei". Wesentlich auf diesen irrigen Grund stützt sich allerdings die GM., wenn sie geltend macht, daß § 286 die „Materie des Spielens in auswärtigen Lotterien" nicht geregelt habe (vgl. z. B. Binding 1 323 N. 17, es erschöpfe § 286 die Veranstaltung öffentl. Lott. ohne obrigkeitl. Erlaubniß, berühre aber nur den Gegenstand der öffentl. Lotterien); es wird dabei der Zusammenhang aller in Betracht kommenden Bestimmungen und die daraus sich ergebende Folge der Regelung der gesammten Materie der strafb. Befassung mit dem Glücksspiele übersehen. Dem gegenüber kann es darauf, daß der Abschn. 25 (das. N. 3) des abschließenden Charakters entbehre, garnicht ankommen (so früher v. Liszt HRl. „Lotterie"); ebenso ist es gleichgültig, daß jene Verbote „meist staatsfinanziellen Gesichtspunkten entsprungen, diese aber für § 286 nicht bestimmend gewesen seien" (so jedoch Hälschner 2 453 u. Merkel HH. 3 830); denn entscheidend ist lediglich die erfolgte Regelung der Materie i. S. des EG. § 2.

b) Btr. den schriftlichen sog. Promessenkauf bzw. -verkauf (vgl. § 286 N. 6_2) insbs. von der PrKabO. v. 27. Juni 1837 u. der PrV. v. 25 Juni 1867 Art. IV Nr. 2. So Berlin 12. Okt. 71 O. 12 509. AM.: RG. III 10. Jan. 80 R. 1 209, H. Meyer S. 752, Rüd-St. § 286 N. 11, während Oppenh. § 286 N. 3 eine Mittelmeinung dahin vertritt, daß zwar S. 1, nicht aber S. 2 des cit. Art. IV Nr. 2 außer Kraft getreten sei. Auch hier ist lediglich der unter a angeführte Grund, und zwar gegenüber Art. IV Nr. 2 in vollem Umfange, durchgreifend.

7) Es wurde bereits hervorgehoben (N. 4), daß der Ausdruck „Glücksspiel" in den §§ 284, 285, 360 [14] nicht in dem in N. 2 erläuterten w. S., der demselben im Rechte überhaupt zukommt, zu verstehen sei, daß vielmehr durch diese Bezeichnung in jenen Bestimmungen die im § 286 namentlich gedachten Glücksspiele i. w. S., nämlich Ausspielungen und Lotterien, nicht mit begriffen würden. Die dem entsprechende GM., insbs. RG. II 1. Apr. 84 E. 10 245, ist zweifellos richtig; mit Recht hat aber das o. N. 3 cit. RG. 29. Sept. 85 angenommen, daß ein Kartenspiel den Charakter des Glücksspiels (i. e. S.) nicht dadurch verliere und zur „Lotterie" werde, daß die Gewinnkarten als Loose bezeichnet würden (sog. Kartenlotterie).

Zu § 284. N. 8—12.

8) Wenn aus § 284 bestraft wird „wer aus dem Glücksspiele ein Gewerbe macht", so ist dadurch die Gewerbsmäßgkt. der Hdlg. zu einem Thatbestandsmomente erhoben und bildet sie nicht blos einen straferhöh. Umst., wie in den §§ 260, 294; RG. III 18. März 86 E. 14 28.

Aus dem Begriffe der „Gewerbsmäßigkeit" (§ 260 N. 2) ergiebt sich das subjektive Erforderniß der „Gewinnsucht" des Spielers (s. o. N. 2₄); Merkel HH. 3 828. Die Absicht aber, durch den Gewinn beim Glücksspiel sich einen Erwerb zu schaffen, begründet für sich allein noch nicht die Gewerbsmäßgkt.; RG. II 29. Sept. 85 R. 7 541. Aus dem subjektiven Erfordernisse folgt, daß nur derjenige aus dem Spiel ein Gewerbe kann machen wollen, auf dessen Rechnung das Spiel geht; RG. III 18. März 86 E. 14 28 (von der auf dieses materielle Resultat des Spiels gerichteten Absicht sei möglicherweise die formale Stellung des einen Theilnehmers am Spiele zu den übrigen Theilnehmern wesentlich verschieden; der formelle Bankhalter brauche nicht der Thäter o. Mitthäter beim gewerbsm. Spiele zu sein — s. u. N. 10 —, umgekehrt der Thäter o. Mitthäter nicht der formelle Bankhalter; nur müsse derj., auf dessen Rechnung das Spiel gehe, um Thäter o. Mitthäter zu sein, auch seinerseits zu dem Zustandekommen des Spiels mitwirken).

Zur Ueberführung bedarf es des Nachweises wenigstes Eines Falles begonnenen (N. 9) Glücksspieles und ist eine Folgerung aus dem gesammten Gebahren ohne jede thatsächliche Unterlage unzureichend; denn der im § 284 gebrauchte Ausdruck ist gleichbedeutend mit der sonst üblichen Wendung („Wer das Glücksspiel gewerbsmäßig spielt"); so die GM., insbs. RG. II 28. Juni 81, 29. Sept. 85, R. 3 442, E. 12 388; aM. Rüb.-St. N. 8. Deshalb kann auch ein blos fingirtes Spielen unter den Komplicen, um Dritte zum Mitspielen zu verlocken, niemals genügen; Dresden 20. Sept. 75 St. 6 355, Merkel HH. 4 455, Oppenh. N. 5. Deshalb ist ferner bei der Feststllg., daß der Spieler ohne Rücksicht auf Gewinn o. Verlust, nur um seiner Spielleidenschaft wegen, gespielt habe, die Gewerbsmäßgkt. mit Recht verneint, weil ein Erwerbswillen nicht vorlag; RG. IV 23. Nov. 86 R. 8 720.

Das Moment der Gewerbsmßgkt. wird namentlich häufig bei den „Bankhaltern" und deren Gehülfen zutreffen; doch wird das „Halten von Glücksspielen", wobei der Unternehmer nur einen feststehenden Unternehmergewinn bezieht, nicht aber am Spiel und dessen Gewinn- und Verlustchancen theilnimmt, auch durch Fortsetzung nicht zu einem gewerbsm. Glücksspiel; RG. III 5. Jan. 85 R. 7 17; dem entsprechend das cit. III 18. März 86, nicht schon derj. mache aus dem Spiel ein Gewerbe, der für seine Hülfeleistg. bei dem Spiel, z. B. als Kroupier, bezahlt werde, weil er dadurch noch nicht den Chancen des Spiels unterworfen werde. Es kann die Gewerbsmäßgkt. aber auch bei den sog. Pointeurs zutreffen; so, außer den Motiven, Dresden 30. Okt. 71 St. 1 202. Keineswegs ist aber nothwendig, daß die Gewerbsmäßgkt. bei allen am Spiele Betheiligten vorliege.

9) Der Beginn und damit zugleich die juristische Vollendung des Glücksspiels liegt vor, sobald ein Setzen zu dem Zwecke erfolgt ist, daß Gewinn oder Verlust von dem durch Zufall zu bestimmenden Ausgange des Spieles abhängig gemacht werde; so: RG. III 10. Dez. 79 E. 1 118, II 28. Juni 81 R. 3 442, Geyer 2 73, H. Meyer S. 751; aM. Hälschner 2 446, es müsse auch schon eine Entscheidung über Gewinn o. Verlust herbeigeführt sein.

10) Beihülfe (§ 49) zum gewerbsm. Glücksspiel ist recht wohl denkbar (RG. I 8. Juni

82 N. 4 545 btr. Beihülfe durch Einräumen des Lokals behufs des Glücksspiels, Verlängerung desselben mittels Verabreichung von Getränken an die Spielenden, Gewährung der Spielutensilien), auch kann sie namentl. durch den Kroupier bzw. Darleiher des Geldes geleistet werden; Geyer 2 73, Hälschner 2 445 und speziell btr. des Kroupiers trotz seiner formalen Stellung das o. N. 8_2 cit. RG. 18. März 86 (falls ihm nicht der Vorsatz beiwohne, das Spiel als Mittel eigenen fortgesetzten Erwerbes zu betreiben).

Derjenige aber, der am gewerbsm. Glücksspiele als Mitthäter (§ 47) Theil nimmt, kann dadurch, daß er anderen Mitthätern an sich Beihülfe leistet, in Realkonk. (§ 74) gegen § 284 bzw. § 49 auch dann nicht verstoßen, wenn die Beihülfe für diejenigen Einzelfälle geleistet wurde, in denen er sich selbst am Mitspielen nicht betheiligte; es folgt dieses aus der juristischen Einheit sowohl aller Theilnahmehdlgen mit der Thäterschaft bzw. Mitthäterschaft als auch des Kollektivdeliktes (vgl. § 73 N. 4b, 5d); so Oppenh. N. 9; aM. das cit. RG. 8. Juni 82.

Wegen des Verhältnisses zum § 360[14] vgl. daselbst.

11) Die Hauptstrafe ist Gefängniß von 1 T.—2 J. (§ 16) u. fakultativ außerdem Geldstr. von 300—6000 M. (§ 27). Als Nebenstr. ist nach Abs. 1 i. V. mit § 32 VbdEN. zulässig.

Durch Absatz 2 wird eine polizeiliche Maßregel (vgl. Th. I Abschn. 1 N. 4a; aM. H. Meyer S. 435, der eine Nebenstr. annimmt) für zulässig erklärt, auf welche übrigens nicht erkannt zu werden braucht, da das Gesetz selbst der „Landespolizeibehörde" (im § 39[2] „höhere Landespolizeibehörde" genannt; vgl. § 38 N. 8) die Befugniß zur Verweisung aus dem Bundesgebiete verleiht; Hälschner 1 628, v. Schwarze N. 9. Die Verweisung kann auf Zeit oder dauernd (abweichend vom § 39[2]; das. N. 4) erfolgen und dient der § 361[2] zur Sicherung der getroffenen Maßregel; vgl. außerdem den in N. 3 zum § 39 wiedergegebenen Bundesrathsbeschluß.

12) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 285.

Der Inhaber eines öffentlichen Versammlungsorts, welcher Glücksspiele daselbst gestattet oder zur Verheimlichung solcher Spiele mitwirkt, wird mit Geldstrafe bis zu eintausendfünfhundert Mark bestraft.

PrStGB. § 267. Entw. I § 267, II § 280.

1) Subjekt des Verg. (§ 284 N. 1—7) ist der „Inhaber eines öffentlichen Versammlungsorts".

a) Als „öffentlich" ist, da die ausschließliche Beziehung dieses Momentes auf die Oertlichkeit erhellt (vgl. § 116 N. 2), ein solcher Ort anzusehen, welcher „unbestimmt von welchen oder wie vielen Personen", d. h. vom Publikum, besucht werden kann. Dementsprechend ist in der Praxis für einen „öffentlichen Versammlungsort" erachtet worden: das auf einem Rennplatze zur Bergung des Totalisators hergerichtete Gebäude, welches dem Publikum, wenn auch nur gegen Entree, in einer nicht individuell begrenzten Weise zum Spiel zugänglich war; RG. II 7. Juni 82 E. 7 21; das Lokal einer geschlossenen Gesellschaft, an deren Versammlungen Nichtmitglieder ohne jede Beschränkung Theil nehmen; Berlin 19. Juni 79 O. 20 305.

Je nach den Umständen kann übrigens ein Privatraum dadurch, daß er allgemein, wenn auch vielleicht unter Ausschluß einzelner Kategorieen von Personen, zugänglich gemacht wird, zeitweilig die Eigenschaft eines „öffentl. Versammlungsorts" erhalten; so Berlin 17. Dez. 74 O. 15 876; aM. Geyer 2 73 u. Hälschner 2 447, welche erfordern, daß der Versammlungsort dauernd für Jedermann zugänglich sei. Umgekehrt kann die regelmäßig anzunehmende Oeffentlichkeit eines Versammlungsorts zeitweise zu verneinen sein; RG. II 28. Feb. 82 E. 6 70 btr. eines Gastlokals für die Zeit, wo dasselbe während des Spiels für jeden Anderen als die dort verkehrenden, durch tägliches Zusammensein, gemein-

same Mahlzeiten und gleiche Lebensstellung verbundenen 10—12 Kaufleute unzugänglich gehalten wurde.

b) Wer als „Inhaber" eines öffentl. Versammlungsortes anzusehen sei, ist streitig. Rubo N. 1 erachtet dafür nur denjenigen, dem jeweilig die Verfügungsgewalt über den Ort „als eigenes Recht" zustehe, somit an und für sich den Eigenthümer, bei Verpachtungen den Pächter. Allein bei dieser Auffassung des Begriffes würde dem Zwecke des Gesetzes schlecht gedient sein, und sprechen auch die Motive positiv dafür, daß unter „Inhaber" derjenige habe verstanden werden sollen, der über einen solchen Ort thatsächlich die Aufsichts- u. Verfügungsgewalt hat, was je nach den Umständen zu beantworten ist. So: RG. IV 16. Dez. 90 E. 38 448, Hälschner 2 447, Merkel HH. 3 829, Oppenh. N. 1, Rüd.-St. N. 1, namentl. aber Berlin 7. März 73, 13. März, 19. Juni 79, St. 2 297, O. 20 137, 305, welches die Eigenschaft als „Inhaber" einerseits bejaht hinsichtlich des „Vertreters" (vgl. auch § 365₁ „Wirth, sein Vertreter" zc.) bzw. des „Ehemannes", sofern dieselben in dem Lokal, für welches einem Anderen bzw. der Ehefrau die Konzession ertheilt war, thatsächlich über den Gewerbebetrieb, vielleicht sogar mit Ueberschreitung der Konzession, die Verfügung hatten, andererseits verneint bezüglich des Oekonomen einer geschlossenen Gesellschaft, sofern ihm nicht das Aufsichts- u. Verfügungsrecht über das Lokal speziell auch nach der Richtung zusteht, daß er die Benutzung desselben zur Abhaltung von Glücksspielen untersagen darf. Eine Mittelmeinung vertritt Geyer 2 73 dahin, daß Inhaber jeder sei, der aus eigenem Recht o. in Vertretung des Berechtigten über den Ort zu verfügen hat. Mit Recht hat RG. II 7. Juli 82 E. 7 21 den „Vorstand eines Rennklubs" bezüglich des auf dem Rennplatze errichteten Gebäudes für den Totalisator" als „Inhaber" angesehen.

2) Was die Handlung selbst betrifft, so ist beiden Mischthatbeständen des § 285 gemeinschaftlich, daß sie die Befassung mit „Glücksspielen" betreffen, an welche, abgesehen davon, daß sie keine Lotterien o. Ausspielungen sein dürfen (§ 284 N. 7), besondere positive Erfordernisse nicht gestellt werden. Namentl. handelt es sich hier nicht um „gewerbsmäßige" Glücksspiele; auch ist eine „gewinnsüchtige Absicht" auf Seiten der Spielenden nicht erforderlich, da diese lediglich eine Voraussetzung des „gewerbsmäßigen" Glücksspiels bildet (vgl. § 284 N. 2₄, 8₂); so: RG. IV 3. Nov. 85 R. 7 636, Berlin 8. Juli, 21. Nov. 72, St. 2 59, 237, Merkel HH. 3 828, Blum N. 2, v. Kirchmann N. 1. Deshalb schließt auch das Motiv der „Unterhaltung" den Thatbestand nicht aus; RG. IV 1. Nov. 87 R. 9 547.

Ob der Inhaber des öffentl. Versammlungsorts an dem Glücksspiele selbst sich betheiligt o. nicht, ist bedeutungslos; RG. II 7. Juli 82 E. 7 21, Dresden 17. Juni 72 St. 2 115.

Wenn übrigens das Gesetz wiederholt den Plural „Glücksspiele, solche Spiele" gebraucht, so folgt es damit einem verbreiteten Sprachgebrauche (§ 110 N. 14) und soll keineswegs das Erforderniß einer Mehrheit von Spielen aufgestellt werden; aM. Rubo N. 3.

3) Beide Mischthatbestände unterscheiden sich dadurch, daß das Wort „daselbst", d. h. an einem öffentl. Versammlungsorte, nur auf den ersteren Fall, das „Gestatten", nicht auch auf den letzteren, die „Mitwirkung zur Verheimlichung" sich bezieht, wie sowohl aus dem Wortlaute als auch aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift sich ergiebt; dieselbe ist dem PrStGB. § 267 entnommen, das seinerseits die §§ 1304 f. des PrALR. II 20 hat wiederholen wollen; RG. II 28. Feb. 82, 25. Feb. 87, E. 6 70, R. 9 153, Geyer 2 73, Hälschner 2 447, Merkel HH. 3 828, Oppenh. N. 6, v. Schwarze N. 4.

4) Beide Mischthatbestände sind Kommissivdelikte; aM. Landsberg Kommissivdel. S. 207, der im Falle a reines Kommissivdel. annimmt.

a) Die „Gestattung" von Glücksspielen erfolgt der Natur der Sache nach häufiger stillschweigend als ausdrücklich und kann, sofern den Inhabern von öffentl. Versammlungsorten die Verpflichtung obliegt, Glücksspiele an denselben zu verbieten, auch durch eine Unterlassung (Th. I Abschn. 3 N. 3a) verübt werden, indem z. B. dieser Thatbestand vorliegt, wenn ein Gastwirth, der um den Betrieb von Glücksspielen in seinem Lokale weiß, nicht Alles thut, was er kann, um dieselben zu verhindern, also das Spielen zuläßt bzw. vornehmen läßt; so die GM.

b) Wegen „Mitwirkung" vgl. § 243 N. 48, wegen „Verheimlichung" § 259

N. 9. Mit Recht ist dieser Thatbestand angenommen: bei der Nichtverhinderung der Fortsetzung eines begonnenen Spieles und der in dieser Unterlassung liegenden weiteren Gewährung des Zimmers bzw. der Karten; RG. II 25. Feb. 87 R. 9 153; in der Einräumung eines nicht Jedem zugänglichen, wenn auch nicht verschlossenen Privatzimmers in einem Gasthause; Berlin 26. Juni 72 O. 13 372.

5) Die Frage, ob wegen der polizeilichen Natur des Verg. (s. o. Abschn. 25 N. 1) sowohl vorsätzliches wie fahrlässiges Handeln bestraft werde, oder ob die Fassung des Gesetzes ausnahmsweise (vgl. Th. I Abschn. 4 N. 4) die Annahme rechtfertige, daß nur vorsätzliches Handeln bestraft werde, ist i. S. der letzteren Alternative zu beantworten; RG. II 25. Feb. 87 R. 9 159. Dafür spricht einerseits der Ausdruck „Gestatten", in welchem das Moment der Einwilligung ausgedrückt liegt (RG. III 29. Apr. 86 R. 8 317, Geyer 2 73), dann auch der Ausdruck „Mitwirken", der regelmäßig nur von vorsätzlichem Handeln gebraucht wird, sowie die Unwahrscheinlichkeit, daß der Gesetzgeber hinsichtlich des subjektiven Thatbestandes bei beiden Alternativen einen Unterschied beabsichtigt habe.

Als Strafe ist „allein angedroht" Geldstr. von 3—1500 M. (§ 27), also eine Vergehensstr. (§ 1_2), welche gemäß § 28_2 (das. N. 6a) für den Nichtbeitreiblichkeitsfall auch in Haft umgewandelt werden kann.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 (das. N. 14) in drei Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73[1], 75[14].

§. 286.

Wer ohne obrigkeitliche Erlaubniß öffentliche Lotterien veranstaltet, wird mit Gefängniß bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu dreitausend Mark bestraft.

Den Lotterien sind öffentlich veranstaltete Ausspielungen beweglicher oder unbeweglicher Sachen gleich zu achten.

PrStGB. § 268. Entw. I § 268, II § 281. StB. S. 724.

1) Vgl. § 284 N. 1—6, insbs. N. 6a über die Aufhebung der landesgesetzlichen Verbote des Spielens in auswärtigen Lotterien.

2) Die „Lotterien" und „Ausspielungen beweglicher oder unbeweglicher Sachen", von denen § 286 handelt, sind eine Art der „Glücksspiele" i. w. S.; denn sie sind auf zweiseitigem Vertragsverhältnisse beruhende Spiele, bei denen die Entscheidung über Gewinn und Verlust von einer Ziehung, also zweifellos vom Zufall abhängt (§ 284 N. 2, 4); dieser Charakter wird auch dadurch nicht alterirt, wenn eigene Thätigkeit der Mitspielenden die Voraussetzung für die demnächst vorzunehmende Ziehung bildet; so hat RG. I 2. Mai 87 E. 16 83 die Veranstaltung einer öffentl. L. gefunden „in der öffentl. Ausschreibung von Preisräthseln, wobei der bestimmte Gewinn demj. versprochen würde, der ein Preisräthsel lösen u. dessen Lösung sich in den bei der vorzunehmenden Ziehung zuerst gezogenen 3 Kuverten befinden würde"; vgl. auch u. N. 5 k. Dagegen gehören sie nicht zu denjenigen Glücksspielen, welche die §§ 284, 285, 360[14] im Auge haben und die sich eben wegen des Ausschlusses der Lotterien u. Ausspielungen als „Glücksspiele i. e. S." bezeichnen lassen (§ 284 N. 7).

Während die Ziehung allerdings in der Regel eine Loosziehung ist, so sind doch Loose kein derartig nothwendiges Kriterium der Lotterie bzw. Ausspielung, daß deren Stelle nicht je nach der Art des dabei vorausgesetzten Glücksspiels durch Surrogate ersetzt werden könnte; RG. I 22. Nov. 83, 5. Mai 87, E. 9 201, R. 9 300 (letzteres btr. den Ersatz der Loosziehung durch Auswahl von Waarenpacketen seitens der Käufer, welche entweder Anweisungen auf Gewinne oder bloße Geschäftsanpreisungen enthielten). Zu solchen Surrogaten gehört das Würfeln aber nicht; denn wollte man auch dieses, sofern es um Geld geschieht, als eine Art des Lotteriespiels ansehen, so würde das Gleiche auch für Hasardspiele gelten müssen, bei welchem die Ausgabe von Karten o. das Rollen einer Kugel entscheidet, damit würde aber jeder Unterschied zwischen Lotterien u. anderen Glücksspielen verschwinden; RG. II

1. Apr. 84, 24. Nov. 91, E. 10 245, G. 39 336. Andererseits wird ein Kartenspiel dadurch, daß die Gewinnkarten, wie bei der sog. Kartenlotterie, als Loose bezeichnet werden, nicht zur Lotterie; vgl. § 284 N. 7 aE.

3) Im weiteren S. sind die „Lotterien“ nur eine Art der „Ausspielungen“, nämlich solche, bei denen Geld ausgespielt wird; Rubo N. 2. Doch hat der Sprachgebrauch dahin sich befestigt, daß man die Bezeichnungen „Lotterien“ und „Ausspielungen“ gegensätzlich braucht, je nachdem Geld oder andere bewegliche o. unbewegliche Sachen die Gewinne bilden; so die GM., insbs. RG. II 1. Apr. 84 E. 10 245, I 5. Mai 87 R. 9 300. Bestehen die Gewinne theils in Geld, theils in anderen Sachen, so liegt eine Kombination von „Lotterie“ und „Ausspielung“ vor; aM. Blum N. 1, welcher hierin lediglich eine Ausspielung sieht. Desgleichen liegt eine solche Kombination vor, wenn dem Gewinner im Spielvertrage das Recht verliehen wird, nach seiner Wahl eine „Sache“ oder eine dafür festgesetzte „Geldsumme“ zu verlangen, mag diese dem Werthe entsprechen oder nicht; RG. II 17. Dez. 80 E. 3 123 sowie das cit. 1. Apr. 84 (anders, wenn nur thatsächlich nachher statt Sachen Geld ausgezahlt werde, oder wenn es sich um ein dem Ausspielvertrage hinzugefügtes, vom Willen des Gewinners abhängig gemachtes weiteres Abkommen über die Art der Erfüllung handele, es sei denn, daß diese Form lediglich zur Umgehung des Gesetzes gewählt werde).

Sonach gilt, was von „Lotterien“ gesagt wird, auch von „Ausspielungen“, gleich wie Abs. 2 die letzteren den ersteren „gleichachtet“.

4 a) Die Eigenthümlichkeit des als Lotterievertrag (s. übrigens u. N. 9) bezeichneten Glücksspieles besteht darin, daß der eine Kontrahent, der Lotterieunternehmer, die Hoffnung auf einen, von einem ungewissen, wesentlich durch Zufall (N. 2) zu entscheidenden Ereignisse abhängigen, planmäßig im voraus festgestellten, Gewinn dem anderen Kontrahenten, dem Spieler, überläßt und zwar gegen die Verpflichtung zur Zahlung eines Geldbetrages, des Einsatzes, mindestens für den Fall, daß die vom Spieler erhoffte Thatsache gerade bei ihm nicht eintritt; so im wesentlichen die GM., insbs.: RG. I 5. Jan. 80, 9. Feb. 82, E. 1 133, 5 432, III 28. Mai 81, 24. Apr. 83, R. 3 345, 5 283, Berlin 8. Okt. 75, 18. Mai 76, O. 16 647, St. 6 357, freilich mit der Abweichung, daß der Spieler zur Zahlung eines Einsatzes meist unbedingt verpflichtet erklärt wird; vgl. jedoch u. N. 5 c.

b) Die Ausspielung erfordert begrifflich, daß dem Publikum gegen Entrichtung eines Einsatzes die Hoffnung in Aussicht gestellt werde, je nach dem Ergebnisse einer wesentlich durch Zufall bedingten Ziehung o. eines ähnlichen zur Herbeiführung des Ergebnisses benutzten Mittels einen mehr o. weniger bestimmt bezeichneten Werthgegenstand zu gewinnen; RG. I 9. Feb. 82, II 1. Apr. 84, IV 30. Apr. 89, E. 5 432, 10 245, 19 257, III 13. Dez. 83 R. 5 775. Der Begriff wird dadurch nicht beseitigt, daß beide Theile unbedingt verpflichtet sind, sobald nur eine Ungewißheit anderer Art besteht, über welche mittels des Spiels durch Zufall entschieden wird; der Begriff erfordert auch nicht, daß die Ausspielung Gewinn o. Verlust auf der einen o. anderen Seite und damit die Beschädigung des einen o. anderen Theiles bedinge o. bezwecke, noch daß thatsächlich der eine o. andere Gewinn o. Verlust gehabt habe; RG. II 18. Mai 88 E. 17 379. Bejaht wurde das Vorliegen einer Ausspielung von RG. I 25. Feb. 89 E. 19 11 (in einem Handelsgeschäfte wurden Waaren in einer Umhüllung, welche deren Art u. Beschaffenheit nicht erkennen ließ, zu einem festen Preise verkauft, wobei seitens der Handlung ein dem Preise entsprechender Minimalwerth der Waare und ein höherer, durch Zufallswahl zu erlangender, Maximalwerth versprochen wurde), verneint dagegen von dem cit. III 13. Dez. 83 (in einem Falle, wo die Sachen vor dem jedesmaligen Auswürfeln an die Spieler verkauft wurden u. letztere dann durch Würfeln bestimmten, wem von ihnen die Sachen zufallen sollten).

5) Die thatsächliche Gestaltung des Lotteriespiels geht meist über die begrifflich nothwendigen Erfordernisse desselben hinaus.

a) Während ein Lotterieunternehmen meist den Abschluß einer Reihe von Lotterieverträgen desselben Unternehmers mit einer Mehrheit von Spielern mit sich bringt, erfordert der Begriff der Lotterie nicht die Theilnahme Mehrerer an der Gewinnziehung, vielmehr genügt diejenige eines einzelnen Spielers; so: RG. I 7. Mai 80, 9. Feb. 82, II 1. Apr. 84, E. 1 414,

5 432, 10 245, Merkel HH. 3 830. Das unbefugte Halten sog. Glücksbuden fällt deshalb auch unter § 286; so die GM., insbs. das cit. RG. 1. Apr. 84 (nicht nur nach dem Sprachgebrauche, welcher auch dergl. Spiele um Eßwaaren und kleinere Werthgegenstände als Ausspielungen bezeichne, sondern auch nach der historischen Entwickelung des § 286 aus dem PrALR. bzw. PrStGB.); aM. Puchelt N. 2, welcher § 360[14] anwenden will.

b) Der Spieler geht meist ein Risiko ein; nothwendig ist solches nicht, denn ein Lotterievertrag liegt auch dann noch vor, wenn der Abnehmer des Looses mit diesem unbedingt einen Gegenstand gewinnt, der dem Preise desselben völlig gleichkommt; so: Berlin 21. Apr. 71 O. 12 222, Hälschner 2 452; aM. Berner S. 599, der Einsatz müsse als Wagniß erscheinen. RG. III 28. Apr. 84 E. 10 398 läßt diese Frage unentschieden, nimmt aber an, daß selbst wenn die Lotterie bzw. Ausspielung in dem S. zu den aleatorischen Verträgen gehöre, daß bei denselben seitens der Spieler etwas gewagt werde, dennoch der Begriff dadurch nicht unanwendbar werde, daß der Einsetzende im voraus bestimmt wisse, er werde irgend etwas für den Einsatz erhalten, sofern nur die Qualität u. Quantität des ihm Zufallenden ungewiß sei; dabei müsse das Zufallende allerdings nicht ein von jedem Einsetzenden sofort im Minimalbetrage des Einsatzes umsetzbarer Werth sein, weil sonst das aleatorische Moment fehle; dagegen komme darauf nichts an, ob für den Ankauf des Gewinnes der Einsatz als Preis aufzuwenden sein würde.

c) Der Spieler hat regelmäßig einen Einsatz im voraus zu zahlen; doch kann die Zahlung auch nachträglich erfolgen und ist es dem Begriff der Lotterie sogar nicht entgegen, wenn der Einsatz nur für den Fall des Verlustes bestimmt ist, für den des Gewinnes aber garnicht gezahlt wird; so das o. zu a cit. RG. 7. Mai 80.

d) Der regelmäßig zu leistende Einsatz ist meist an sich bestimmt und erkennbar; der Einsatz verliert aber seinen Charakter als solcher dadurch nicht, daß er mit der Gegenleistung für ein anderes Anrecht, z. B. den Genuß einer Theatervorstellung oder den Bezug eines Abonnementswerkes, der Art in Verbindung gebracht wird, daß beide Leistungen in ihrer Individualität nicht besonders hervortreten, ja der Einsatz vielleicht nicht einmal im Wege der Schätzung festgestellt werden kann; RG. II 9. Jan., 26. Okt. 80, E. 1 53, 2 390, III 28. Mai 81 R. 3 345, I 2., 5. Mai 87, E. 16 83, R. 9 300, Berlin 18. Mai 76, 10. Mai 78, St. 6 357, O. 19 258, v. Liszt S. 501.

e) Eine Lotterie erfolgt meist nach einem vorher, namentl. hinsichtlich der Loose u. Gewinne, fest bestimmten Ziehungsplane; doch ist ein solcher nicht nothwendig, vielmehr kann die nähere Ausführung des Planes von den Umständen, insbs. dem Maße der Betheiligung, abhängig gemacht und im voraus nur in Umrissen fixirt werden; Berlin 18. Mai 76 St. 6 357.

f) Das entscheidende Ereigniß liegt meist in der Zukunft; es kann aber der Gewinn auch von einem in der Vergangenheit liegenden, jedoch noch unbekannten Ereignisse abhängig gemacht werden, so z. B. beim Promessenverkauf (N. 6) von einer bereits auswärts erfolgten Ausloosung.

g) Die Entscheidung für die einzelnen Spieler erfolgt meist durch einen Gesammtakt; sie kann aber auch für jeden Mitspieler äußerlich getrennt geschehen; so die o. zu a u. d citt. RG. 7. Mai 80, 5. Mai 87.

h) Regelmäßig wird seitens des Lotterieunternehmers selbständig ein ungewisses Ereigniß bezeichnet, an dessen Eintritt er seine Verpflichtung geknüpft wissen will; es steht indessen nichts entgegen, daß er den für eine andere, z. B. eine Staatslotterie, maßgebenden Zufall zugleich für die von ihm selbst veranstaltete Lotterie als entscheidend erklärt; RG. II 26. Okt. 80 E. 2 390.

i) Die Ziehung entscheidet meist darüber, welchen Spielern die Gewinne zufallen, nicht darüber, ob überhaupt Gewinne gewährt werden sollen. Das Gegentheil kann jedoch eintreten, nicht blos in dem Falle der Betheiligung eines Spielers (s. o. a), sondern steht es auch sonst im Ermessen des Unternehmers, den Spielplan so festzustellen, daß entweder jeder Spieler oder keiner gewinnt; so: RG. II 26. Okt. 80 E. 2 390, Endemann Lotterie S. 147 N. 2; aM. RG. III 10. Jan. 80 R. 1 209.

k) Die Entscheidung bei Lotterien erfolgt meist ausschließlich durch den Zufall (Ausloosung, Würfeln &c.); es steht jedoch begrifflich nichts entgegen, daß der Gewinner des ersten Gewinns nicht durch den Zufall, sondern durch persönl. Geschicklichkeit bestimmt wird, wenn nur die anderen Gewinner im Wege einer bloßen Berechnung nach der zufälligen Loosnummer des ersten Gewinners festgestellt werden; Berlin 18. Mai 76 St. 7 357. Vgl. auch das o. N. 2 cit. RG. 2. Mai 87.

6) Nach den vorhergehenden Erörterungen beantwortet sich die praktisch wichtige Frage nach der Natur des sog. Heuer- oder Promessengeschäfts (vgl. Endemann Lotterie S. 146). Dasselbe liegt vor, wenn Jemand durch Verschreibungen dem Käufer einer solchen gegenüber sich verpflichtet, für den Fall, daß auf das in dem Scheine (sog. Lotterieantheil- o. Partialscheine) bezeichnete Staatslotterieloos bei der Ziehung ein Treffer fallen, bzw. die daselbst bezeichneten Serien- oder Obligationsnummern einer Prämienanleihe bei der Prämienverloosung gezogen werden sollten (sog. Promessenverkauf i. e. S.), den entsprechenden Gewinnantheil zu überlassen; s. u. N. 7 I. Hier liegt selbst dann, wenn der Aussteller der Verschreibung das Loos wirklich spielt &c. und nicht mehr Antheile verkauft, als er besitzt, ein Lotteriespiel vor, solange er Eigenthümer des Looses bleibt und dem Abnehmer nur die Hoffnung auf den Gewinnantheil gewährt; deshalb kann in der Lieferung von Bezugscheinen auf Prämienloose, wenn diese letzteren erst nach Entrichtung sämmtlicher Ratenzahlungen an die Abnehmer ausgehändigt werden sollen, während zugleich der Versender sich verpflichtet, im Falle eines während der Ratenzahlungen entfallenden, unter dem Kurswerthe stehenden Minimalgewinnes an Stelle des gezogenen ein gleichwerthiges Loos unter den gleichen Bedingungen mit Verzicht auf Anzahlung und Kursdifferenz zu liefern, die Veranstaltung einer öffentl. Lotterie gefunden werden; RG. I 26. Mai 84 R. 6 372. Dagegen liegt ein sich erlaubtes sog. Kompagniespiel vor, sobald der Inhaber des Looses das Eigenthum an einem aliquoten Theil desselben auf einen Anderen überträgt. So die GM., insbs. btr. der Verheuerung von Lotterieantheilscheinen RG. I 5. Jan. 80, 24. Okt. 82, II 12. Apr. 81, E. 1 133, 4 80, 7 161, III 28. Mai 81 R. 3 345, btr. des sog. Promessenverkaufs i. e. S. Berlin 12. Okt. 71, 8. Okt. 75, O. 12 509, 16 647. AM. überhaupt Puchelt N. 5 und in letzterer Beziehung RG. III 10. Jan. 80 R. 1 209 (vgl. o. N. 5 i sowie § 284 N. 6 b wegen der Aufhebung der landesgesetzlichen Vorschriften), wodurch in der Rechtsprechung des RG. eine nicht gerechtfertigte Unterscheidung zwischen jenen beiden, sachlich gleich liegenden Fällen statuirt wird.

Ergiebt sich aus den Modalitäten eines angeblich nur über den Verkauf von Prämienloosen zu Eigenthum abgeschlossenen Vertrages, daß eigentlich oder außerdem noch die Ueberlassung einer Gewinnhoffnung den Gegenstand des Vertrages bildet, so liegt die Veranstaltung einer Lotterie vor; RG. I 3. Jan. 84 E. 9 405. Auch hat RG. IV 20. Aug. 85 R. 7 621 angenommen, daß zwar der Verkauf eines Prämienlooses unter Suspension des Ueberganges des Eigenthums an den Käufer bis zur Zahlung mehrerer Raten des Kaufpreises an sich kein Veranstalten einer Lotterie darstelle, wohl aber dann, wenn stipulirt sei, daß unter gewissen Bedingungen der Gewinn dem Verkäufer zufalle und derselbe dem Käufer ein anderes Loos zu liefern habe.

Für die Bejahung der Frage, ob durch den Verkauf von Lotterieantheilscheinen das Eigenthum der verkauften Antheile auf den Käufer übergehe, genügt nicht die Feststellung einer dahin gehenden ernstlichen Absicht des Verkäufers, vielmehr bedarf es auch noch des Nachweises einer rechtsverbindlichen Ausführung der Absicht; RG. II 17. Dez. 80 R. 2 639 (wegen des Dolus s. u. N. 11).

In einem konkreten Falle ist die Verneinung der Eigenthumsübertragung von Antheilscheinen an Prämienanleihloosen für nicht ausreichend festgestellt erachtet, weil auf Grund irriger Rechtsansichten die schriftliche Eigenthumsübertragung als nur zum Scheine geschehen angenommen worden war; RG. I 13. Juni 81 R. 3 387.

7) Die Lotterien (Ausspielungen) müssen „öffentliche" sein. Als solche sind diejenigen anzusehen, an denen unbestimmt welche und wie viele Personen — das Publikum — sich betheiligen können (§§ 110 N. 5 a, 115 N. 1 b). Den Gegensatz dazu bilden die

in „Privatkreisen" veranstalteten Lotterien. So die GM., insbs. **RG.** II 12. Apr., I 7. Mai 80, 9. Feb. 82, **E. 1** 357, 414, **5** 432, III 21. Mai 81 **R. 3** 320 (die Loose müßten nach der Absicht des Veranstalters nicht blos in einem durch besondere individuelle Beziehungen zu ihm — eine Gleichheit des Berufs, persönliche Bekanntschaft, gemeinsame Interessenverbindung 2c. — begrenzten Personenkreise, sondern einer Mehrzahl beliebiger unbestimmter Personen zugänglich gemacht werden). Eine etwas abweichende Auffassung läßt **RG.** II 15. Feb. 87 **E. 15** 274 in der Ausführung erkennen, daß die feste Begrenzung des Personenkreises für sich allein ebensowenig maßgebend sei wie die bloße Gemeinschaft des Berufs u. der Interessen; es müßten vielmehr, was thatsächl. Beurtheilung unterliege, die durch Beruf 2c. begründeten Beziehungen derartige seien, daß die dem Kreise Angehörigen in näherer Verbindung zu einander ständen. Demgemäß ist in der Praxis die „Oeffentlichkeit":

I. angenommen worden: wenn Jemand mit dem Anbieten der Loose auch nur an einzelne, aber nicht in jenen individuellen Beziehungen zu ihm stehende Personen in deren Privaträumen sich gewendet hat, bzw. bei Ausspielung von Waaren unter Spielern, die der Veranstalter beim Angebot in öffentl. Lokalen fand; so die citt. **RG.** 12. Apr., 7. Mai 80; wenn Jemand gewerbsm. Partialscheine vertreibt, Inhalts deren er sich verpflichtet, jedem Käufer derselben (sog. Abonnenten) einen bestimmten Theil von dem auf ein darin nach Serie u. Nr. bezeichnetes Staatsprämien- o. Anlehnsloos fallenden Gewinn nach Einkassirung des letzteren zu zahlen; Berlin KG. 15. Mai 84 Jahrb. **4** 339;

II. verneint worden: bei einer Ausspielung, die ein Fabrikarbeiter unter den ca. 100 Personen zählenden Formern u. Tischlern der Fabrik (ohne daß ein Wechsel im Arbeitspersonal in der qu. Zeit konstatirt war), bzw. bei einer solchen, die ein Eisenbahnschachtmeister in seiner Wohnung lediglich unter Betheiligung der ihm untergebenen Arbeiter veranstaltete; **RG.** II 15. Feb. 87 **E. 15** 274, Berlin 11. Okt. 72 **O. 13** 515; bei einer Ausspielung unter Miteigenthümern; Stuttgart 12. Juli 73 St. **3** 29;

III. nicht unbedingt angenommen beim Absatz von Waaren im Umherziehen durch Veranstaltung von Ausspielungen; **RG.** IV 15. Okt. 86 **E. 14** 384.

8) „Veranstalter" einer Lotterie ist derjenige, welcher es unternimmt, eine Lotterie nach Maßgabe der Ausführungen in den N. 4, 5 ins Werk zu setzen; **RG.** I 5. Jan. 80, 9. Feb. 82, 6. Nov. 84, **E. 1** 133, **5** 432, **11** 211.

Die Veranstaltung liegt schon dann vor, wenn der Ziehungsplan Anderen kundgegeben und die Betheiligung des Publikums an dem Unternehmen durch Erwerb eines Anrechtes auf eventuellen Gewinn ermöglicht worden, mag auch das Unternehmen nicht zu Stande gekommen bzw. zu Ende geführt sein, insbs. der Absatz von Loosen nicht stattgefunden haben. So die GM., insbs. **RG.** II 12. Apr. 80, 13. Apr. 83, I 29. Sept. 81, 9. Feb. 82, IV 30. Apr. 89, **E. 1** 357, **8** 292, **5** 39, 432, **19** 257, Berlin 8. Okt. 75, 1. Dez. 76, **O. 16** 647, **17** 790. Ermöglicht ist aber die Theilnahme der Spieler aus dem Publikum erst von dem Augenblicke an, in welchem diejenigen Formalitäten erfüllt werden können, von deren Nachweis der Spielplan die Geltendmachung der Rechte der einzelnen Theilnehmer abhängig macht; das ist aber nicht der Fall, wenn bei einem lediglich auf den Verkauf von Loosen gegründeten Spielplan nur eine vorläufige Ausschreibung stattgefunden hat, noch bevor die Loose herbeigeschafft und zur Abgabe verfügbar sind; **RG.** I 22. Nov. 83 **E. 9** 201. Anders lag jedoch, trotzdem die Loose noch nicht fertig gestellt waren, der Fall in dem citt. **RG.** 30. Apr. 80 nach der thatsächl. Feststllg., daß der Angekl. in der Lage war, ein Loos herzustellen und dem Käufer der Waare in seinem Laden einzuhändigen.

Hiernach ist die Veranstaltung einer Lotterie zu verneinen, wenn Jemand für eine bestehende Lotterie Loose ausbietet u. absetzt, auch wenn er den Vertrieb bei beschränkter Genehmigung auf einen bestimmten örtlichen Bereich (z. B. auf die PrProvinzen Rheinland u. Westfalen) über das erlaubte Gebiet hinaus (z. B. nach Schlesien) ausdehnt; **RG.** I 29. Sept. 81 **E. 5** 39, III 23. Nov. 81 **R. 3** 728, München 12. Jan. 78 St. **7** 266.

9) Wenn die „Veranstaltung" öffentl. Lotterien mit Strafe bedroht wird, so soll durch die Strafdrohung nicht sowohl das Feilbieten u. Absetzen von Loosen im einzelnen, als vielmehr das Unternehmen als solches mit Strafe bedroht werden, also die auf den

Betrieb der Lotterie gerichtete Kollektivthätigkeit (§ 73 N. 7b); deshalb greifen btr. der Aburtheilung der einzelnen, demselben Lotterieunternehmen dienenden, Akte die gleichen Grundsätze Platz wie beim gewerbs- o. gewohnheitsm. Delikte (§ 260 N. 8); RG. II 13. Apr. 83, I 6. Nov. 84, E. 8 292, 11 211 (Lotterie sei diej. Unternehmung, welche auf den Abschluß u. die Ausführung einer Anzahl zusammenhängender Lotterieverträge gerichtet sei).

10) Nur die „ohne obrigkeitliche Erlaubniß" erfolgende Veranstaltung einer öffentl. Lotterie ist strafbar. Die „Erlaubniß" muß von der nach Landesgesetz zuständigen „Obrigkeit" (vgl. § 110 N. 19, 20) ertheilt sein; RG. I 22. Nov. 80 E. 3 49. Die Veranstaltung geschieht auch dann ohne obrigkeitliche Erlaubniß:

a. wenn die von der zuständigen Behörde bei Genehmigung der Veranstaltung gezogene Schranke bzw. gestellte Bedingung überschritten wird, da alsdann die thatsächlich veranstaltete Lotterie nicht genehmigt worden ist; RG. II 17. Dez. 80, 1. Apr. 84, E. 3 123, 10 245 (btr. die Aushändigung von Geldbeträgen als Gewinne, trotzdem nur eine Ausspielung von Sachen genehmigt war, bzw. eine Ausspielung mit 8, statt mit nur genehmigten 3 Würfeln);

b. wenn das Angebot der Loose zwar nach Nachsuchung, aber vor Ertheilung der Erlaubniß erfolgte, mag auch das Angebot unter der Mittheilung geschehen, daß die Erlaubniß noch ausstehe und im Falle ihrer Nichtgewährung das Unternehmen rückgängig werden solle; RG. III 21. Mai 81 R. 3 320, I 9. Feb. 82 E. 5 432.

11) Bei der polizeilichen Natur des Verg. (s. o. Abschn. 25 N. 1 sowie u. Abs. 3) ist, da weder der Wortlaut noch andere Gründe zu einer gegentheiligen Auffassung nöthigen, anzunehmen (vgl. Th. I Abschn. 4 N. 4_2), daß § 286 sowohl das vorsätzliche wie das fahrlässige Zuwiderhandeln umfasse; so Merkel HH. 4 456; die GM. nimmt an, daß nur das vorsätzl. Handeln bestraft werde.

Handelte es sich um ein vorsätzliches Vergehen, so würde auf Seiten des Thäters das Bewußtsein erfordert werden müssen, daß ohne obrigkeitliche Erlaubniß, in dem N. 10 erläuterten S., eine öffentl. Lotterie veranstaltet werde; v. Liszt S. 502 u. HRl. „Lotterie". Dementsprechend würde eine Bestrafung aus § 286 nicht eintreten können, wenn der Veranstalter zuvor von einer obrigkeitlichen Person die Erlaubniß erhielt, jedoch die fehlende Zuständigkeit nicht kannte; RG. I 22. Nov. 80 E. 3 49, Hälschner 2 454. Ebenso würde derjenige, der in Unkenntniß von der Nothwendigkeit obrigkeitlicher Erlaubniß eine öffentl. Lotterie veranstaltet, ohne Bewußtsein der Rechtswidrigkeit handeln und deshalb, beim Mangel dieses generellen Dolusmerkmals, straflos sein; so Hälschner aO.; aM.: RG. IV 30. Apr. 89 E. 19 257, Stuttgart 16. Apr. 73 Württemb. Gerichtsbl. 7 91, beide deshalb, weil nicht Irrth. über das Vorhandensein von Thatumständen, sondern über Inhalt u. Bedeutung des Strafgesetzes vorliege. Aus gleichem Grunde hat RG. I 2. Mai 87 E. 16 83 die Behauptung, die getroffene Veranstaltung nicht für eine Lotterie gehalten zu haben, für unbeachtlich erklärt.

Der Zweck, den der Unternehmer verfolgt, ist gleichgültig, denn das zur Erreichung eines vielleicht löblichen Zweckes gewählte Mittel entscheidet; es zeigt sich hierin die polizeiliche Natur des Deliktes. So die GM., insbs. RG. II 9. Jan. 80 E. 1 53.

12) Btr. der Theilnahme gelten die allg. Grundsätze des Th. I Abschn. 3, namentl. btr. der Beihülfe (§ 49). Letztere wird insbs. begangen mittels des nur im Interesse und für Rechnung des Unternehmers, wenn auch gegen Entschädigung, vorgenommenen Feilbietens und Verkaufs von sog. Partialscheinen (N. 6) vorausgesetzt, daß die btr. Person dieses im Interesse und für Rechnung des Unternehmers, wenn auch gegen Entschädigung, that; RG. I 5. Jan. 80 E. 1 133. Die Frage, ob der an einer unerlaubten öffentl. Lotterie als Spieler sich Betheiligende, bei Kenntniß von dem Mangel der Erlaubniß, der Beihülfe schuldig sei, ist zu verneinen, weil das Verg. bereits durch die Kundgebung des Planes und das Angebot zur Betheiligung vollendet ist (N. 9_2), durch diese selbst somit keine weitere Förderung enthält; ebenso im Resultate: Merkel S. 342, H. Meyer S. 752, Rüd.-St. N. 10; vgl. auch v. Kries ZfStRW. 7 526.

13) Wegen des Verhältnisses zum § 360[14] vgl. daselbst.

Das Verg. aus § 286 kann mit Hinterziehung der Reichsstempelabgaben nach dem G.

btr. die Reichsstempelabgaben v. 1. Juli 1881 u. der Novelle dazu v. 29. Mai (in der Redaktion v. 3. Juni) 1885 je nach Umständen in Ideal- o. Realkonk. (§§ 73 f.) treten; **RG.** III 9. Juni 84, I 10. Nov. 87, E. **11** 9, **16** 301.

Mit dem Verg. aus GewerbeO. §§ 147[7b], 56c kann Idealkonk. (§ 73) stattfinden, da wegen Nichterfordernisses des Momentes der Oeffentlichkeit durch § 56c nicht etwa bloße Gesetzeskonk. vorliegt; **RG.** IV 15. Okt. 86 E. **14** 384.

14) Die Strafe ist wahlweise Gefängniß von 1 T. — 2 J. (§ 16) o. Geldstr. von 3—3000 M. (§ 27).

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 288.*)

Wer bei einer ihm drohenden Zwangsvollstreckung in der Absicht, die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln, Bestandtheile seines Vemögens veräußert oder bei Seite schafft, wird mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag des Gläubigers ein.

PrStGB. (fehlt). Entw. I (fehlt), II § 284. Aktenst. Nr. 92, 182 41. StB. S. 726 f., 1174.

1) Wie die Bestimmungen der KO. §§ 209 ff. „die Sicherung und Durchführung der General-Exekution d. h. des Konkurses unter den Schutz des Strafgesetzes stellen" (und zwar jetzt ohne Unterscheidung zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten), so verfolgt der dem Art. 310 des KglSächsRevidStGB. v. 1. Okt. 1868 nachgebildete § 288 nach den Motiven den Zweck, „die Verletzungen des Kredits und Benachtheiligungen der Gläubiger, welche sich böswillige Schuldner im Hinblick auf eine drohende einzelne Hülfsvollstreckung so vielfach zu Schulden kommen lassen, also die Vereitelung einer Spezial-Exekution nicht straflos zu lassen." Demselben Zweck dient übrigens thatsächlich auch der eine bereits vollzogene, nicht eine blos drohende, Zwangsvollstreckung voraussetzende § 137 (das. N. 3_1), der im übrigen auf einem anderen Gesichtspunkte beruht.

Objektiver Thatbestand. N. 2—12.

2) Die äußere Handlung besteht darin, daß der Thäter bei (N. 7) einer seitens eines Gläubigers (N. 5) ihm (N. 6) drohenden (N. 4) Zwangsvollstreckung (N. 3) Bestandtheile seines Vermögens (N. 11, 12) veräußert oder bei Seite schafft (N. 8—10).

3) Unter „Zwangsvollstreckung" ist die durch die zuständige Behörde stattfindende Ausführung einer nach den Gesetzen vollstreckbaren, d. h. in Kraft zu setzenden, von dem Verpflichteten freiwillig nicht ausgeführten Entscheidung zu verstehen; so auch H. Meyer S. 731 u. ähnlich Rubo N. 4. Auch wenn es sich um eine auf Grund der Strafgesetze erkannte Einziehung handelt, steht eine Zwangsvollstrckg. i. S. des § 288 in Frage, da dieselbe gemäß StPO. § 495 nach den Vorschriften über die Vollstreckung der Urtheile der Civilgerichte zu erfolgen hat (vgl. übrigens § 113 N. 3_2); **RG.** II 7. Juni 87 E. **15** 164 (der Unterschied zwischen Zwangsvollstr. u. Strafvollstr. sei daher hier ohne Bedeutung); ähnlich Rubo N. 4.

Kommen praktisch auch vorzugsweise die gerichtlichen Zwangsvollstreckungen, einschließlich der nothwendigen Subhastationen, in Betracht, so hat § 288 doch alle anderen Arten der Zwangsvollstreckungen gleichfalls im Auge, namentl. solche im Verwaltungsstreitverfahren und die sog. administrativen Zwangsvollstrckgen; so die GM., insbs. Berlin 1. Dez. 76 O. **17** 791 btr. die Zwangsvollstrckg. wegen einer im Administrativwege festgesetzten Ordnungsstrafe.

Dagegen ist ein „Arrest zur Sicherung der Zwangsvollstreckung" (CPO. § 796) nicht selbst eine Zwangsvollstrckg. (vgl. jedoch N. 4_3); Oppenh. N. 3, Rubo N. 4.

*) § 287 ist ersetzt durch § 14 d. G. über den Markenschutz v. 30. Nov. 1874 (RGBl. S. 143); so die Bemerkung in der Bekanntmachung des Textes des StGB. auf Grund der StGN. Art. V; vgl. das. N. 1.

4) Eine Zwangsvollstrckg. ist eine „drohende", wenn das Uebel derselben als ein nahe bevorstehendes sich ankündigt (§ 48 N. 11a). So im wesentlichen die GM., insbs. hinsichtlich des Erfordernisses des nahen Bevorstehens Berlin 24. Okt. 72, 26. Okt. 75, St. 2 124, 5 150, während Berlin 9. Sept. 74 O. 15 551 eine „drohende" Zwangsvollstrckg. keineswegs mit einer „nahe bevorstehenden" identifizirt, sondern auch eine in „ferner Aussicht stehende", wenigstens in Bezug auf eine bereits geltend gemachte Forderung, für „drohend" erachtet. Wann eine Zwangsvollstrckg. als „drohende" in jenem S. anzusehen sei, ist nach den konkreten Umständen zu beurtheilen; so die GM.

Dies gilt zunächst von dem Moment des nahen Bevorstehens; mit Recht hat RG. III 1. Mai 80 E. 2 145 den § 288 bei im übrigen vorliegenden Voraussetzungen auch auf eine während der den Erben nach PrALR. zustehenden Deliberationsfrist vorgenommene Hdlg. angewendet, obgleich die Zwangsvollstrckg. erst nach Ablauf der Frist zum Vollzug kommen konnte.

Im weiteren erachtet man durchgängig es nicht für erforderlich, daß bereits eine vollstreckbare Entscheidung vorliegen oder daß gar bereits die Zwangsvollstreckung beantragt sein müsse; so insbs.: RG. I 6. Nov. 79 R. 1 37, II 16. Dez. 79, 25. Mai 80, 7. Jan. 87, E. 1 37, 2 67, 15 164, Berlin 24. Okt. 72, 24. Jan. 73, 21. Feb. 79, St. 2 124, 241, O. 20 96. Entscheidend für die Frage ist vielmehr lediglich, ob aus den Umständen die Absicht des Gläubigers, bald eine Zwangsvollstrckg. herbeizuführen, hervorgehe, wobei die rechtliche Möglichkeit dazu selbstverständlich die Voraussetzung bildet; RG. III 4. Mai 81 R. 3 270, I 22. Dez. 86 E. 15 114, H Meyer S. 731 (es komme darauf an, ob gerichtliche Schritte seitens des Gläubigers zu befürchten seien), Rubo N. 3. Jene „rechtliche Möglichkeit" bedingt allerdings die Existenz einer Forderung, über deren Vorliegen nach StPO. § 261 der Strafrichter zu entscheiden hat; so das cit. RG. 22. Dez. 86 (das deshalb schon aus der vom Gläubiger zur Sicherung seiner durch Urtheil eines Civilgerichts noch nicht festgestellten Forderung erwirkten Arrestanlage eine drohende Zwangsvollstrckg. folgerte). Im übrigen erscheint jene rechtliche Möglichkeit durch die bloße „Möglichkeit von Einwendungen des Schuldners in der Exekutionsinstanz" nicht beseitigt, sondern nur durch ein erfolgreiches Gebrauchmachen von derselben; Berlin 21. Feb., 30. Apr. 79, O. 20 96, 232.

Zur Darlegung jener erforderlichen Absicht ist allerdings, von besonderen Verhältnissen abgesehen, nothwendig, daß der Gläubiger durch schlüssige Hdlgen seine auf Realisirung der Forderung gegen den Schuldner gerichtete Absicht zu erkennen gegeben habe; RG. II 25. Mai 80, III 13. Feb. 90, E. 2 67, 20 256. Als solche schlüssige Hdlg. ist, von besonderen Verhältnissen wiederum abgesehen, jeder gerichtliche Schritt zur Geltendmachung des Anspruchs anzusehen, also namentl. die Erhebung der Klage und deren Betreibung behufs Erzielung eines verurtheilenden Erkenntnisses; da diese Hdlgen gegenüber dem säumigen Schuldner ohne hinzutretende Zwangsvollstrckg. erfolglos sein würden, so muß in Ermangelung entgegenstehender Umstände die letztere als eventuell in der Absicht des Gläubigers liegend angenommen werden; RG. 25. Mai 80 (s. o.), Berlin 25. Nov. 74, 11. Dez. 78, St. 5 148, O. 19 576.

Wenn aber RG. II 16. Dez. 79, 10. Jan. 88, R. 1 151, E. 17 42, Berlin 26. Feb. 75 St. 5 150 und mit ihnen die Meisten (vgl.: Berner S. 608, Geyer 2 68, Hälschner 2 426, Merkel HH. 3 835) beim Fehlen solcher Schritte auf Seiten des Gläubigers das Vorliegen einer drohenden Zwangsvollstrckg. schlechthin verneinen, so haben sie nur jenen Regelfall im Auge; denn ein unbedingtes Erforderniß sind gerichtliche Schritte zur Beitreibung der Schuld nicht. So erkennen die citt. RG. 25. Mai 80, 13. Feb. 90, sowie III 11. Jan. 83 R. 5 24 an, daß „aus der besonderen Natur der konkreten Forderung oder aus sonstigen Umständen" weitergehende Ausnahmen zu entnehmen sein können; ebenso Berlin 5. Juli 77, 19. Feb. 79, St. 7 345, O. 20 91, welches mit Recht solche Ausnahmen, insbs. bei Wechselforderungen, statuirt und auf Grund der Natur des Wechsels schon beim Verfall desselben eine Zwangsvollstreckung für drohend ansieht; so auch v. Liszt S. 483.

5) Eine „drohende Zwangsvollstreckung" setzt nothwendig eine Person oder juristische Persönlichkeit voraus, von welcher her sie droht; es ist dieses der „Gläubiger" i. S. des

§ 288 (s. u. N. 13, 18); RG. II 16. Dez. 79, 9. Nov. 83, E. 1 37, 9 164. Diese Bezeichnung ist somit ganz ähnlich wie in der CPO. Buch VIII (vgl. v. Wilmowski u. Levy CPO. B. VIII Abschn. 1 N. 6) „ohne Rücksicht auf das zu Grunde liegende Rechtsverhältniß und die Natur des Anspruchs" gebraucht; es ist deshalb unter „Gläubiger" Jeder zu verstehen, der einen Anspruch auf Zwangsvollstrckg. in das Vermögen eines Anderen hat, wenn auch dieser Andere nicht obligatorisch verpflichtet ist; so das cit. RG. 9. Nov. 73 sowie II 4. Dez. 85 E. 13 138. Der Titel des Gläubigerrechtes kann nicht blos privat-, sondern auch staats- (finanz-) rechtlicher Natur sein (RG. II 7. Jan. 87 E. 15 164), auch ist ein ursprüngliches Rechtsverhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner nicht erforderlich; Rebey Antragsdel. S. 393. Im Privatrecht begründet zwar ein anfechtbares Rechtsgeschäft ein Gläubigerverhältniß, nicht dagegen ein nichtiges, ohne daß es eines richterlichen Ausspruches darüber bedarf; RG. III 25. Jan. 86 E. 13 292.

Wo noch kein „Gläubiger", kann demnach von Anwendung des § 288 überhaupt keine Rede sein, so z. B. nicht bei einer blos angedrohten, aber noch nicht festgesetzten Ordnungsstrafe; Berlin 1. Dez. 76 O. 17 791. Es hat aber das cit. RG. 4. Dez. 85 angenommen, daß in einer strafgerichtl. Untersuchungssache ein Kostenanspruch des Fiskus gegen einen Beschuldigten nicht erst durch die gemäß StPO. §§ 496 f. im Urtheil auszusprechende Verpflichtung zur Kostentragung begründet werde, sondern schon mit dem Zeitpunkte entstehe, in welchem staatl. Organe zwecks Strafverfolgung in Thätigkeit träten (wenigstens btr. der nach dem GerichtskostenG. neben den baaren Auslagen zu erhebenden Gebühr).

6) Die Zwangsvollstrckg. muß „ihm", dem Schuldner selbst, drohen; wer nicht durch die Zwangsvollstrckg. als Schuldner bedroht ist, kann sonach nicht Thäter sein, sondern höchstens Theilnehmer o. Begünstiger (N. 17); Dresden 16. Juni 71 St. 1 102, Berlin 19. März 79 O. 20 146, ferner RG. II 4. Dez. 85 E. 13 138 (das jedoch mit Recht nach § 384 PrALR. II 1 bei bestehender GG. die Ehefrau bezüglich der durch eine Untersuchung gg. den Ehemann verursachten Kosten als Mitschuldnerin ansah), namentl. aber III 26. Mai 87 E. 16 121, nach dem klaren Wortlaute des Gesetzes sei es unstatthaft, letzterem den Fall zu unterstellen, wo der Thäter nicht der Schuldner, sondern der Vertreter des Schuldners sei u. über seine Vermögensbestandtheile verfüge (i. c. war eine Aktiengesellschaft Schuldnerin, der Verfügende der Vertreter derselben).

7) „Bei" einer ihm drohenden Zwangsvollstreckg. handelt der Schuldner „Angesichts einer solchen", d. h. wenn die Zwangsvollstreckg. zur Zeit der Vornahme der Hdlg. eine von Seiten des Gläubigers drohende war; RG. II 16. Dez. 79 E. 1 37, Rubo N. 1.

8) Als Objekt der Hdlg. des Thäters werden „Bestandtheile seines Vermögens" bezeichnet. Durch den Ausdruck „Vermögensbestandtheile" giebt das Gesetz zunächst zu erkennen, daß es das gesammte Vermögen des Schuldners weder ausschließlich, noch als Regel ins Auge gefaßt habe; Berlin 20. Sept. 76 St. 6 359. Uebrigens gehören dazu unbewegliche Sachen so gut wie bewegliche, dsgl. Forderungen und Rechte.

Ob etwas ein Bestandtheil „seines", d. h. des Schuldners, Vermögens sei, ist nach dem maßgebenden Civilr. zu beurtheilen; so erachtete z. B. RG. III 1. Mai 80, IV 8. Juli 90, E. 2 145, 21 54, nach Maßgabe des PrALR. die Erbschaftsmasse auch innerhalb der Ueberlegungsfrist als einen Bestandtheil des Vermögens der berufenen Erben.

Ausgeschlossen sind jedoch nach dem Zwecke der Gesetzesvorschrift solche Vermögensbestandtheile, in welche eine Zwangsvollstreckung, mag solche selbst formell nicht absolut ausgeschlossen sein, mit materiellrechtlicher Wirkung nicht erfolgen kann; RG. III 6. Juli 91 E. 22 208 (btr. der Frage, inwieweit nach KglSächsBGB. der Ehemann die Früchte des eheweiblichen Vermögens straflos veräußern darf).

9) Die Hdlg. selbst besteht in dem „Veräußern oder Beiseiteschaffen" von Vermögensbestandtheilen. Beide Ausdrücke bezeichnen Verfügungen, welche die wirksame Durchführung der Zwangsvollstrckg. in Bezug auf den Vermögensbestandtheil, den sie betreffen, auszuschließen geeignet sind; Hälschner 2 424, Merkel HH. 3 835. Die beiden Alternativen sind demnach völlig gleichwerthig, und handelt es sich um bloße Modifikationen desselben

Thatbestandes, weshalb eine alternative Feststellung zulässig (vgl. § 47 N. 29); RG. II 17. Feb. 82 E. **6** 100.

10) Veräußerung speziell bezeichnet in dem hier, aus dem Zwecke der Strafbestimmung sich ergebenden, w. S. jeden in der Absicht des Schuldners liegenden Vermögensverlust, jede bewußte Aufgabe eines Vermögensbestandtheils; RG. II 17. Feb., I 18. Nov. 82, E. **6** 100, 7 237, III 4/11. Jan. 83 R. **5** 24.

Wie dieser Vermögensverlust ins Werk gesetzt wird, ist gleichgültig; namentl. gehört auch Vernichtung, Zerstörung, Dereliktion sowie Entäußerung unter Bestimmung seitens des Gesetzes, auf wen die aufgegebenen Berechtigungen übergehen (wie z. B. bei Entschlagg. eines Nießbrauchs die Nutzungsrechte auf den Eigenthümer) hierher. Praktisch am wichtigsten ist die Veräußerung durch Uebertragung von Vermögensbestandtheilen auf Andere; diesen Fall heben auch die citt. RG. 17. Feb. u. 18. Nov. 82 ausdrücklich hervor; hierher gehören, außer Verkauf und Cession, namentl. auch:

a. Pfandrechtsbestellungen, insbs. auch hypothekarische an Grundstücken; so: die citt. RG. 18. Nov. 82, 4/11. Jan. 83, Merkel HH. **3** 835, F. Meyer N. 4, Rubo N. 6;

b. Verpachtungen, insofern als das Recht auf den Fruchtbezug vom Verpächter auf den Pächter übertragen wird; RG. II 17. Feb. 82 E. **6** 100 (wegen des Dolus s. u. N. 14 II);

c. Befriedigung eines anderen Gläubigers, sei es durch Zahlung oder Hingabe an Zahlungsstatt, sei es durch vertragsmäßige Lieferung ꝛc.; RG. I 6. Nov. 79 R. **1** 37, Dresden 13. Nov. 76 St. **7** 184, Berlin 17. Mai 78 O. **19** 270. Selbst die Befriedigung eines bevorzugten Gläubigers, z. B. des Vermiethers, durch Hingabe von Objekten, an welchen diesem ein Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht zustand, ist objektiv eine „Veräußerung" i. S. des § 288, da jene Objekte der Zwangsvollstrckg. zu Gunsten anderer Gläubiger nicht ohne weiteres entzogen sind; RG. III 5. Nov. 79, II 3. Okt. 82, E. **1** 96, 7 61.

Gleichgültig ist, ob die „Veräußerung" schenkungsweise oder unter onerosem Titel erfolgt. Gleichgültig ist es ferner für die Feststellung des objektiven Merkmals der Veräußerung, ob es um eine blos zum Schein vorgenommene oder um eine ernstlich gemeinte sich handelt; cit. RG. 3. Okt. 82. Häufig, so z. B. von: RG. II 14. Apr., 4. Dez. 85, E. **12** 129, **13** 138, Oppenh. N. 7, Puchelt N. 4, Rüd.-St. N. 7, wird sogar „Scheinverkauf" ꝛc. nicht als Veräußerung, sondern als „Beiseiteschaffen" (N. 11) angesehen.

11) „Beiseiteschaffen" bezeichnet i. S. dieser Gesetzesbestimmung jede Behandlung von Vermögensbestandtheilen, welche dieselben dem Zugriffe im Zwangsvollstreckungsverfahren entzieht; was dabei aus den Vermögensobjekten wird, ist gleichgültig; RG. II 26. Feb. 89 E. **19** 25. Wenn nun auch hier (vgl. jedoch § 133 N. 5) an sich Immobilien als Objekte der Hdlg. in Betracht kommen (N. 8), so kann doch ein „Grundstück als Ganzes" nur durch Veräußerung beiseitegeschafft werden (RG. II 22. Juni 80 E. **2** 118), so daß also in solchem Falle die erstere Alternative (N. 9) Anwendung finden würde.

Soweit bewegliche (körperliche) Sachen das Objekt der Hdlg. bilden, kann ein Beiseiteschaffen auch im Zerstören derselben gefunden werden, da kein Grund ersichtlich, weshalb diese wirksamste Form der Entziehung straflos sein sollte; cit. RG. 26. Feb. 89. Abgesehen hiervon wird bei solchen Gegenständen, wenn auch nicht nothwendig eine Entfernung aus der Wohnung pp., aber doch jedenfalls die Vornahme irgend einer Veranstaltung gefordert werden müssen, durch welche die Auffindung der zu pfändenden Gegenstände unmöglich gemacht o. doch wesentlich erschwert wird; so RG. IV 15. Jan. 86 R. **8** 60, während Berlin 24. Jan. 73 St. **2** 241 mit Recht eine unrichtige Angabe über den Verbleib der Sachen nicht für genügend erachtet hat; ebensowenig reichen ein Ableugnen des Besitzes o. gar die bloße Nichtangabe aus; v. Schwarze N. 9.

Was andere Objekte, namentl. Forderungen betrifft, so wurde in der Praxis ein Beiseiteschaffen angenommen:

bei der Verwendung zum voraus erhobener Miethszinsen in den eigenen Nutzen; RG. II 30. Nov. 83 E. **9** 231;

bei der Bestellung einer Hypothek, insbs. für eine simulirte Forderung, weil auch die nur zum Scheine vorgenommene Pfandrechtsbestellung bis zum Nachweise der Simulation

dieselbe ökonomische Bedeutung habe wie die ernstlich gemeinte (N. 10 aE.); RG. II 14. Apr. 85 E. 12 129.

12) Kein Erforderniß bildet es, daß der Gläubiger gerade das vom Schuldner veräußerte oder beseitigte Vermögensstück als Exekutionsobjekt schon bezeichnet hatte, oder auch nur, daß er gerade dieses anzugreifen beabsichtigte; RG. III 8. Okt. 81 R. 3 612, II 17. Feb. 82 E. 6 100, Berlin 25. März 74, 30. Nov. 77, O. 15 184, St. 8 270, Geyer 2 68.

Subjektiver Thatbestand. N. 13—15.

13) Subjektiv wird zunächst ausdrücklich auf Seiten des Thäters „die Absicht, die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln," erfordert.

Mit der „Befriedigung" des Gläubigers (N. 5) ist lediglich diejenige aus der bevorstehenden Zwangsvollstrckg. gemeint; es handelt sich keineswegs um die Absicht, die Befriedigung gänzlich und für immer auszuschließen; so die GM., insbs.: RG. II 9. Dez. 81, III 4/11. Jan. 83, E. 5 206, 8 1, I. 8. Apr. 80, III 18. Mai 85, IV 15. Jan. 86, R. 1 560, 7 304, 8 60, Berlin 24. Jan. 73, 8. Jan. 75, 20. Sept. 76, St. 2 241, 5 149, 6 359. Deshalb ist auch nicht Voraussetzung, daß der Schuldner durch die Veräußerung rc. ganz mittellos geworden sei; RG. I 6. Nov. 79 R. 1 37.

Dennoch muß die Absicht immer dahin gehen, die „Befriedigung" des Gläubigers und nicht etwa blos die Zwangsvollstreckungsmaßregel zu beseitigen; eine dieses letztere verfolgende Absicht schließt jene nicht mit absoluter Nothwendigkeit in sich; Berlin 25. Nov. 74 St. 5 148. Auch hat der Gläubiger, von besonderen Fällen abgesehen, nicht das Recht auf Befriedigung aus einem bestimmten Vermögensstücke; deshalb kann die erforderliche Absicht nicht schon darin gefunden werden, daß der Schuldner bestrebt gewesen, gerade den vom Gläubiger als Befriedigungsmittel ins Auge gefaßten Vermögensgegenstand dem Zugriffe desselben zu entziehen; RG. III 4. Jan. 83 E. 8 50.

14) Ausdrücklich die „Absicht", die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln, wird erfordert; man wird dieselbe hier als Motiv auffassen müssen, weil sonst der ausnahmsweisen Beschränkung des Schuldners in der Verfügung über sein Vermögen eine ungebührliche Ausdehnung würde gegeben werden (vgl. Hälschner 2 426). Demnach genügt die Vorsätzlichkeit der Hdlg verbunden mit dem Bewußtsein, durch dieselbe werde eine drohende Zwangsvollstrckg. vereitelt, zum Thatbestande nicht; ohne den Zweck der Vereitelung der Befriedigung ist selbst die mit jenem Bewußtsein vorgenommene Veräußerung des letzten Exekutionsobjektes, dsgl. die Absicht, sämmtliche Gläubiger nach Verhältniß, folglich den Exekutionssucher nicht vollständig, zu befriedigen, unzureichend. So: RG. IV 19. Feb. 86 R. 8 126, Berlin 17. Okt. 76, 5. Juli 77, Dresden 13. Nov. 76, 19. Nov. 78, St. 6 361, 7 345, 184, G. 27 390, v. Liszt S. 483, Oppenh. N. 8, Rüd.-St. N. 8. AM. Blum N. 2. Als thatsächliche Momente für die Beurtheilung der Frage nach dem Vorliegen der erforderlichen Absicht kommen namentl. in Betracht: die Unentgeltlichkeit der vorgenommenen Veräußerung sowie der Umstand des Besitzes von anderweitem, zur Befriedigung ausreichendem Vermögen (trotzdem die Absicht definitiver Vereitelung nicht vorzuliegen braucht; N. 13); RG. III 4. Jan. 83, 18. Mai 85, E. 8 50, R. 7 304.

Dadurch, daß der Schuldner die Absicht verfolgt, die, selbst bevorzugte oder durch Pfand- bzw. Zurückbehaltungsrecht geschützte, Forderung eines Gläubigers zu tilgen, wird nicht unbedingt ausgeschlossen, daß er zugleich die Absicht hatte, die Befriedigung eines anderen Gläubigers durch die Veräußerung zu vereiteln; beide Motive können mit einander konkurriren; so: RG. III 5. Nov. 79, II 3. Okt. 82, E. 1 96, 7 61, Berlin 7. Dez. 78 O. 19 573, H. Meyer S. 732; aM.: Geyer 2 68, Hälschner 2 425; eine Mittelmeinung vertritt das cit. Dresden 19. Nov. 78, insofern es auf die vorherrschende Absicht sehen will (dagegen jedoch auch Hälschner aO. N. 1, weil es ein Mehr o. Weniger des Beabsichtigens nicht gebe). Wer lediglich handelt, um einen Gläubiger zu befriedigen, ist aus § 288 nicht strafbar; v. Liszt S. 483.

In der Praxis wurde beispielsweise die erforderliche Absicht

I. angenommen: bei Veräußerung eines Vermögensobjektes, welches zur Befriedigung gerichtlich bereits ausgewählt oder durch das Gesetz bestimmt ist, wie z. B. eines Grund-

stücks nach erwirkter Verurtheilung zur Zahlung rückständiger Hypothekenzinsen; RG. II 9. Dez. 81 E. 5 206; bei Bestellung einer Hypothek für eine theilweise fingirte Schuld Angesichts der beinahe völligen Erfolglosigkeit der gegen den Grundstückseigenthümer durchgeführten Mobiliarexekution einerseits und der Höhe des Ankaufspreises des Grundstückes u. seiner hypothekarischen Belastung andererseits; RG. III 4/11. Jan. 83 E. 8 1;

II. nicht für ausgeschlossen erachtet bei Verpachtung einer Wirthschaft, während das Pachtgeld ein genügendes Aequivalent für das aufgegebene Nutzungsrecht nicht war; RG. II 17. Feb. 82 E. 6 100;

III. für ausgeschlossen erachtet bei der Uebergabe der Sache an einen Dritten als Pfand, um ein bereits früher gegebenes Versprechen zu erfüllen; cit. RG. 19. Feb. 86.

15) Abgesehen von dem generellen Dolusmerkmal der rechtswidrigen Absicht (vgl. Berlin 30. Apr. 79 O. 20 232 btr. den Ausschluß des subjektiven Deliktsthatbestandes durch den Glauben des die Veräußerung Vornehmenden an seine Berechtigung dazu, weil ihm gegen die drohende Zwangsvollstrckg. Rechtsbehelfe zuständen) und abgesehen von der im Gesetze ausdrücklich geforderten speziellen Absicht, liegt der nöthige Dolus vor bei dem Bewußtsein des Schuldners, daß der Gläubiger die Herbeiführung einer — nahen — Zwangsvollstrckg. beabsichtige; RG. III 4. Mai 81 R. 3 270, Berlin 24. Okt. 72, 25. Nov. 74, 21. März 77, St. 2 124, 5 148, O. 18 243. Gleichgültig ist, ob jenes Bewußtsein durch Hdlgen des Gläubigers, welche dasselbe nothwendig erzeugen mußten, oder ob es durch minder zwingende Gründe hervorgerufen war; Berlin 30. Nov. 77 St. 8 270.

Dagegen ist es kein Erforderniß des Dolus, daß die Hdlg. auf Erlangung eines eigenen Vortheils, noch auch, daß sie auf Benachtheiligung des Gläubigers gerichtet sei; RG. II 3. Okt. 82 E. 7 61, Berlin 25. März 74 O. 15 184, Dresden 19. Nov. 78 G. 28 390.

Vollendung; Theilnahme; Strafantrag; Strafe, Verjährung, Zuständigkeit. N. 16—19.

16) Zur Vollendung des Deliktes, dessen Versuch nicht strafbar ist (§ 43_2), gehört der Eintritt eines Erfolges nicht; RG. III 8. Okt. 81 R. 3 612, Berlin 20. Sept. 76 St. 6 359, Geyer 2 68, Hälschner 2 426, Rüb.-St. N. 11.

17) Btr. der Theilnahme gelten die allg. Grundsätze des Th. I Abschn. 3, jedoch ist zu beachten, daß § 288 insofern ein delictum proprium behandelt, als „Thäter" nur der bedrohte Schuldner selbst sein kann (N. 6).

Mit Recht hat übrigens RG. I 15. Jan. 80 E. 1 145 Mitthäterschaft (§ 47) in einem Falle verneint, wo nur festgestellt war, daß die Veräußerung seitens der Ehefrau „im Einverständnisse und mit Zustimmung des Ehemannes und in der gemeinschaftlichen Absicht geschehen, die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln", folglich eine gemeinschaftliche Ausführung seitens beider Ehegatten nicht vorlag.

Andererseits ist die Möglichkeit einer Beihülfe (§ 49; vgl. insbs. das das. N. 14 cit. RG. 6. Nov. 79) mit Recht bezüglich des mitwissenden Gläubigers bejaht, der diejenigen Gegenstände, welche der von einem anderen Gläubiger drohenden Zwangsvollstrckg. behufs Vereitelung der Befriedigung desselben entzogen werden sollten, behufs eigener Befriedigung annahm; denn das Gesetz hat eine Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen über Beihülfe zu Gunsten der Gläubiger nicht statuirt; so: RG. IV 31. Jan. 90 E. 20 214, Berlin 7. Dez. 78 O. 19 573, Oppenh. N. 10; aM. H. Meyer S. 733.

18) Ein Strafantrag (§§ 61 ff.) ist nach Abs. 2 Bedingung der Strafverfolgung. Antragsberechtigter ist nicht etwa jeder Gläubiger; RG. II 10. Jan. 88 E. 17 42, Berlin 26. Feb. 75 St. 5 150. Vielmehr wird ausdrücklich der „Gläubiger" in dem N. 5, erläuterten S. als antragsberechtigt bezeichnet. Deshalb kann auch eine Firma als solche antragsberechtigt sein; RG. III 8. Okt. 81 R. 3 612; desgleichen der Fiskus; RG. II 7. Jan. 87 E. 15 164 (mit der Ausführung, daß dafür, welche Behörde den Antrag zu stellen habe, die landesgesetzl. Vorschriften über die Zuständigkeit der Behörden maßgebend seien), IV 18. Juni 88 R. 10 412 (in Preußen sei bei Zwangsvollstreckungen wg. Gerichtskostenschulden der Kassenkurator, nicht der Rendant, antragsberechtigt). Ergiebt sich, daß seitens des antragstellenden Gläubigers eine Zwangsvollstrckg. nicht drohte, so liegt das zur An-

klage gestellte Delikt, das eben eine Beziehung zu einem bestimmten Gläubiger fordert, nicht vor und muß deshalb auf Freisprechung, nicht auf Einstellung erkannt werden, wenn auch noch andere Gläubiger vorhanden sind; RG. II 16. Dez. 79 E. 1 37. Uebrigens ist der „Gläubiger", von dem her die Zwangsvollstrckg. droht, zugleich der Verletzte, der nach allg. Grundsätzen der Antragsberechtigte ist, wenn auch die Vollendung des Deliktes den Eintritt einer materiellen Verletzung nicht erfordert; vgl. § 61 N. 12b. Der zur Zeit der That existirende verletzte Gläubiger ist antragsberechtigt; dieser verliert das Antragsrecht durch eine spätere Cession nicht, sowenig wie eine Transmission auf den Cessionar stattfindet (§ 61 N. 11); Reber Antragsdel. S. 393.

Wegen der Antragsfrist vgl. § 61 N. 33_3.

19) Die Strafe ist Gefängniß von 1 T.—2 J. (§ 16).

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_3 in fünf Jahren.

Zuständig ist **StrafK.** bzw. **SchöffenG.**; GVG. §§ 73[1], 75[11].

§. 289.

Wer seine eigene bewegliche Sache, oder eine fremde bewegliche Sache zu Gunsten des Eigenthümers derselben, dem Nutznießer, Pfandgläubiger oder demjenigen, welchem an der Sache ein Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrecht zusteht, in rechtswidriger Absicht wegnimmt, wird mit Gefängniß bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu neunhundert Mark bestraft.

Neben der Gefängnißstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Der Versuch ist strafbar.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

Die Bestimmungen des §. 247 Absatz 2 und 3 finden auch hier Anwendung.

PrStGB. § 271. Entw. I § 271, II § 285. Aktenst. Nr. 92, 182 42. StB. S. 1174.

1) Der § 289 behandelt zunächst einen Fall des furtum possessionis. Sein Inhalt geht aber weiter; denn man hat dem Falle, wo der Eigenthümer das an seiner Sache bestehende Besitzrecht eines Dritten durch Wegnahme in rechtswidriger Absicht verletzt, den Fall gleichgestellt, wo Jemand die im Besitze des Nutznießers ꝛc. befindliche Sache nicht in seinem eigenen, sondern im Interesse des Eigenthümers wegnimmt und zwar, nach den Motiven, deshalb, weil es „rücksichtlich des durch eine solche Handlung in seinem Rechte verletzten Inhabers der Sache keinen Unterschied mache, ob die Verletzung vom Eigenthümer selbst oder einem Dritten ausgegangen sei".

Der Gegensatz zwischen dem furtum ipsius rei aus § 242 (vgl. insbs. N. 28) und dem Delikte aus § 289 bestimmt sich dahin, daß jenes seine Richtung gegen den Eigenthümer nimmt, dieses aber die konträre Richtung voraussetzt; Binding Normen I 213, Merkel HH. 3 836. Als gemeinsames Moment ist dagegen hervorzuheben, daß, wie beim Diebst. die Besitzentwendung das Mittel der beabsichtigten rechtswidrigen Zueignung bildet (§ 242 N. 26), so auch das Verg. aus § 289 kein „einfacher Fall der Besitzentwendung" ist, vielmehr diese hier „als Mittel dienen soll zur Beeinträchtigung der rechtlichen Lage des besitzenden Nutznießers ꝛc. durch Beseitigung der faktischen Voraussetzung für die volle Ausübung seines Rechtes"; Binding Normen 2 548.

Objektiver Thatbestand N. 2—9.

2) Objekt der äußeren Hdlg. ist eine „bewegliche Sache" (§ 242 N. 3, 4), u. zwar:

a. entweder eine „eigene" des Thäters oder eine „fremde" (§ 242 N. 5—11); je nachdem das eine o. das andere der Fall, gestaltet der subjektive Thatbestand (N. 10) sich verschieden;

b. ferner eine solche, an welcher einem Dritten ein „Nutznieß- oder ein Pfand- oder ein Gebrauchs- oder ein Zurückbehaltungsrecht" zusteht; ob dieses der Fall

sei, ist lediglich nach dem maßgebenden Civilrechte zu beurtheilen. Hiernach schützt § 289 nicht „den Besitz als solchen, sondern — und auch dies nur in den bezeichneten Fällen — den Besitz, welcher auf einem Recht zum Besitz beruht"; RG. II 18. Jan. 81 E. **3** 277. Freilich braucht dieses Recht kein dingliches zu sein (N. 5); Merkel HH. **3** 837. Ein nichtiges Rechtsgeschäft kann eines der in Betracht kommenden Rechte nicht begründen; dagegen wird die Anwendbarkeit des § 289 nicht dadurch ausgeschlossen, daß das Rechtsgeschäft, auf Grund dessen die Sache in den Gewahrsam des Dritten gelangte, anfechtbar ist; Oppenh. N. 4, v. Schwarze N. 4. Noch weniger kann es darauf ankommen, daß das Recht selbst, zu dessen Sicherung die Einräumung geschah, anfechtbar ist (Berlin 22. Sept. 76 O. **17** 593), während freilich das Bestehen eines, wenn auch anfechtbaren, Anspruches die nächste Voraussetzung für Annahme eines Pfand- o. Zurückbehaltungsrechtes ist, die ohne solchen nichtig sein würden; RG. II 18. Jan. 81 E. **3** 277.

3) Ein Nutznieß- o. Nießbrauchsrecht ist in der Praxis z. B. angenommen nach PrALR. zu Gunsten des Ehemannes an den von seiner Ehefrau in die Ehe eingebrachten Sachen; Berlin 15. Jan. 79 O. **20** 31.

4) Ein Pfandrecht ist in der Praxis

a. nach Reichsrecht angenommen gemäß VZG. § 100 zu Gunsten des Fiskus an den unverzollten in einer öffentlichen Niederlage unter zollamtlicher Aufsicht befindlichen Waaren zur Sicherung des Zolles; Berlin 2. Juli 75 O. **16** 511;

b. nach GR. angenommen und zwar als „gesetzliches", durch einen Verkauf der Sachen unter Belassung in den Miethsräumen nicht aufzuhebendes, Pfandrecht zu Gunsten des Vermiethers an allen Sachen des Miethers, welche in die gemietheten Räume eingebracht werden, um dem Zwecke des Miethsvertrages gemäß dort, wenn auch nur zeitweise aber doch nicht blos vorübergehend, zu bleiben, auch an denjenigen Sachen, welche insbs. nach CPO. § 715 der richterlichen Pfändung entzogen sind (lediglich unter Ausschluß solcher, deren vertragsmäßiger Pfändung ein gesetzliches Verbot entgegenstehe); RG. III 25. Mai 81, 28. Apr. 90, E. **4** 198, **20** 417 (letzteres speziell btr. des Hamburger Rechtsgebietes);

c. nach der Braunschw. MobiliarpfandO. v. 8. März 1878 angenommen in gleicher Weise wie zu b.; RG. III 29. Apr. 82 E. **6** 321;

d. nach dem HannovG. btr. das Pfandr. u. die Befriedigung der Gläubiger im Konkurse v. 14. Dez. 1864 verneint, weil das GR. dadurch aufgehoben sei; RG. III 19. Apr. 82 E. **6** 300;

e. nach Hamburger Stadtrecht (s. auch b. aE.) angenommen zu Gunsten des gutgläubigen Vermiethers auch an dem mit Wissen des Miethers in die Miethswohnung eingebrachten Eigenthum dritter Personen; RG. II 26. Sept. 87 R. **9** 467; vgl. auch u. N. 6b;

f. nach der Meckl.-Schw. AusführungsV. z. KO. v. 26. Mai 1879 § 3 verneint in gleicher Weise wie zu d.; RG. III 16. Apr. 83 R. **5** 256;

g. nach Preußischem Recht und zwar:

I. nach dem AusführungsG. z. KO. v. 6. März 1879 angenommen zu Gunsten des Verpächters (Vermiethers) nach näherer Maßgabe der KO. § 41 [2,4], indem das hier statuirte „dem Faustpfande gleiche" Absonderungsrecht nach § 7 jenes G. entsprechende Anwendung finde, jedoch „nur auf das Verhältniß der durch diese Vorschriften den Faustpfandgläubigern gleichgestellten Gläubiger zu anderen Gläubigern des Schuldners, also namentlich im Vertheilungsverfahren (CPO. §§ 758 ff.)"; so mit Recht RG. III 19. Apr. 82 E. **4** 300, während RG. II 20. Jan. 82 R. **4** 56 in der nicht eingeschränkten Annahme, daß KO. § 41 [2,4] nach dem PrAusführungsG. „auch außerhalb des Konkurses Platz greife", zu weit geht; wegen des gesetzl. Pfand- und Zurückbehaltungsrechtes des Vermiethers im Bezirke des ehem. Justizsenates Ehrenbreitstein vgl. RG. I 17. Sept. 91 E. **22** 126;

II. nach PrALR. (vgl. auch u. N. 6c) α. angenommen nach Th. I Tit. 21 § 395:

1. zu Gunsten des Vermiethers an den vom Miether eingebrachten und zur Zeit der Endigung des Kontraktes in dem Hause (Gute) noch vorhandenen „Sachen u. Effekten" (also nicht am baaren Geld u. am Kapitalsvermögen; das. I 2 § 13), entstehend mit

der Einbringung, auch an denjenigen Sachen, welche gesetzlich Gegenstand der Zwangsvollstrckg. nicht sind; RG. II 23. Nov. 80, 18. Jan., 1. Apr. 81, E. 3 57, 277, 4 43. Das gesetzliche Pfandrecht ergreift alle inferirten Sachen ohne Rücksicht, ob sie zur Deckung der Miethsforderung erforderlich sind o. nicht; RG. II 9. Apr. 86 R. 8 272, IV 10. Juli 88 E. 18 80 (dieses mit der weiteren Ausführung, daß, wenn auch Anh. § 302 zur AGO. I 44 § 60 bestimme, daß keinem Miether mehr zurückbehalten werden solle, als zur Deckung der Miethe nöthig, doch der Miether nicht berechtigt sei, die mehr retinirten Sachen selbst wegzunehmen, vielmehr müsse er den Civilrichter angehen). Im einzelnen bleibt über die Ausdehnung bzw. Wirkung dieses Pfandrechts noch hervorzuheben: Nach der Deklaration v. 21. Juli 1846 erstreckt sich dasselbe „nur auf solche Sachen, welche dem Miether selbst gehören oder welche derselbe ohne Einwilligung des Eigenthümers zu verpfänden befugt ist", also nicht auf die eingebrachten Sachen dritter Eigenthümer, während freilich Veräußerungen seit der Einbringung, ohne Fortschaffung, das Pfandrecht nicht beeinträchtigen können (RG. III 15. Jan. 81 E. 3 322); verneint wurde die Existenz des Pfandrechtes in einem Falle, wo die getrennt lebende Ehefrau ihr gehörige Kleidungsstücke ihrem Ehemanne nur zur Aufbewahrung gegeben hatte (RG. IV 15. März 89 E. 19 75), bejaht dagegen, u. zwar auch für die Kurmark Brandenburg, betreffs des in die Miethswohnung des Ehemannes inferirten zum „Eingebrachten" der Ehefrau Gehörigen; RG. II 1. Juni 86 E. 8 419. Die durch das Pfandrecht geschützte Forderung des Miethzinses wird sofort durch den Miethsvertrag begründet und erstreckt sich sonach das Pfandrecht von vornherein auf den bis zur Beendigung des Vertrages fällig werdenden Miethszins; während selbstverständlich durch Ausbedingung der Pränumerandozahlung das gesetzliche Pfandrecht nicht aufgehoben wird, ist die Ausübung desselben bei noch nicht fälligem, sei es praenumerando oder postnumerando zahlbaren, Miethszinse auf die Zurückbehaltung beschränkt (s. u. N. 6 letzter Absatz); RG. II 5. Juli, 20. Sept. 81, R. 3 461, 512. Uebrigens ist das Pfandrecht „wegen Zinses und anderer Forderungen" begründet und sichert deshalb auch die Entschädigungsforderungen für weitere Benutzung der Wohnung nach Ablauf des Miethsvertrages, d. h. den Anspruch auf rechtzeitige Rückgewähr der Miethswohnung, bzw. für schuldhafte Beschädigungen, mögen jene in ihrer Höhe auch noch nicht feststehen; RG. II 3. Feb. 88, 21. Nov. 81, R. 10 91, G. 39 334, Berlin 12. Sept. 77 O. 18 555. Dagegen hört dasselbe bei einem unter Zustimmung des Vermiethers erfolgenden Verlassen der Wohnung mit den Mobilien für die Rückstände aus dem früheren Miethsvertrage, selbst bei entgegenstehendem Vertrage, auf; RG. III 26. Feb. 81 R. 3 82;

2. zu Gunsten des Verpächters an den auf dem Pachtgrundstücke vorhandenen sog. Illaten des Pächters (dieserhalb gelten die Ausführungen zu 1 entsprechend) und an allen auf dem Pachtgrundstücke gewonnenen und noch befindlichen Früchten, und zwar von ihrer Entstehung an; RG. II 20. Jan. 82, IV 16. Dez. 87, R. 4 56, 9 730. Das Pfandr. umfaßt, auch wegen des laufenden Zinses, sämmtliche Früchte einschließlich derer, die im ordnungsmäßigen Wirthschaftsbetriebe zum Verkaufe bestimmt sind; RG. II 21. Feb. 88 R. 10 170;

β. verneint bei Cession einer Miethsforderung ohne gleichzeitigen Uebergang des Besitzes des vermietheten Grundstücks trotz der Vorschrift des Th. I Tit. 21 §§ 402 ff., weil das gesetzl. Pfandrecht mit der Miethsforderung nur verknüpft sei, wenn der Berechtigte im Besitze des vermietheten Grundstücks bzw. der Wohnung sei; RG. II 16. Sept. 84 E. 11 81.

Ueber den Einfluß auf das gesetzl. Pfandr. des Vermiethers, wenn im Miethsvertrage noch Leistungen anderer Art übernommen sind, vgl. RG. III 28. Apr. 90 E. 20 417.

5) Das Gebrauchsrecht namentl. braucht kein dingliches zu sein, sondern es wird jedes Gebrauchsrecht geschützt, z. B. ein persönl. Mieths- o. ein Altentheilsrecht (N. 2b); RG. II 8. Mai 88 E. 17 358, Oppenh. N. 6.

6) Btr. des Zurückbehaltungs- o. Retentionsrechtes ist zunächst streitig, ob als solches nur dasjenige Recht anzusehen, vermöge dessen der Inhaber einer fremden Sache diese in seinem Gewahrsam behalten darf, bis er wegen einer, regelmäßig konnexen Vertragsforderung befriedigt ist (Oppenh. N. 7), oder ob dasselbe auch aus Veranlassung eines Schadens entspringen und somit namentlich, auf Grund feldpolizeilicher Vorschriften,

durch Privatpfändung begründet werden könne (Merkel HH. 3 837, Schütze S. 504 N. 10, F. Meyer N. 4). Auch btr. dieser sog. Pfandkehr entscheiden lediglich die Bestimmungen des Civilrechts (N. 2) und ist, je nachdem die Privatpfändung ein wahres Zurückbehaltungsrecht begründet oder nicht, die Frage zu bejahen oder zu verneinen. Diesen Standpunkt theilen auch RG. I 4. Dez. 82, IV 12. Feb. 82, E. 7 302, 22 364, welche auf Grund des PrALR. I 20 §§ 536 ff. verneinten, daß die nach dem PrFFPG. gestattete Selbsthülfe bzw. das Abfangen eines Hundes auf Grund einer PolV. durch einen Hundefänger ein Zurückbehaltungsrecht im landrechtl. S. begründe, während III 18. Feb. 86 E. 13 495 bezüglich einer gemäß der Großherzogl. MecklenbSchwV. v. 2. Sept. 1879 ausgeführten Pfändung übertretenden Viehes die Begründung eines wirklichen mit Verkaufsbefugniß verknüpften Zurückbehaltungsrechtes folgerte. Vgl. ferner RG. III 12. Juni 84 R. 6 421, welches annahm, daß Zurückbehaltungsrechte auch vertragsmäßig bestellt werden könnten, soweit Verbotsgesetze nicht entgegenständen, was speziell im gemeinrechtl. Hannover, trotz der Aufhebung des gesetzlichen Zurückbehaltungsrechtes (s. o. N. 4d) btr. der Zurückbehaltung seitens des Vermiethers nicht der Fall sei.

In der Praxis kam noch zur Erörterung das Zurückbehaltungsr. wegen an der Sache ausgeführter Reparaturen (RG. II 12. März 86 E. 13 399, mit der Ausführung, daß § 541 PrALR. I 20, wonach die Forderung „soweit bescheinigt sein muß, als nach den Gesetzen zur Anlegung eines Arrestes erforderlich", lediglich eine prozessual. Bedeutung habe u. namentl. nicht bedeute, daß das Zurückbehaltungsr. ohne die Bescheinigung dem Schuldner gegenüber nicht bestehe), während die übrigen Fälle der Praxis lediglich das Zurückbehaltungsrecht des Vermiethers (Verpächters) betroffen haben. Dasselbe ist kein selbständiges Recht, sondern ein Ausfluß des dem Vermiether zustehenden Pfand- bzw. Vorzugsrechtes, weshalb es in diesem seine rechtliche Begründung und Begrenzung findet; so btr. des GR., der BraunschwMobiliarpfandO. u. des PrALR. RG. III 19, 29. Apr. 82, II 1. Apr. 81, E. 6 300, 321, 4 42, btr. des im rechtsrhein. Bayern auf Grund der PrioritätsO. v. 1. Juni 1822 geltenden Rechtszustandes RG. I 6. Nov. 84 E. 11 226, sowie btr. des NassPfandrechtsG. v. 15. Mai 1851 Berlin 22. Dez. 75 O. 16 816. In Einzelfällen der Praxis ist angenommen:

a. nach dem KglSächsBGB., daß der Vermiether ein Zurückbehaltungsr. habe an den in die Miethswohnung eingebrachten, dem Miether gehörigen Sachen (§ 1228), u. zwar unter Ausdehnung auf alle in der Wohnung des Ehemannes befindlichen Sachen (mit Ausnahme der zum persönlichen Gebrauch der Ehefrau bestimmten), solange nicht die gesetzliche Vermuthung (§ 1656), daß solche im Zweifel dem Ehemanne gehören, widerlegt sei; RG. III 19. März 81 E. 4 30;

b. nach Hamburger Stadtrecht, daß der Vermiether wegen des verfallenen und, seit dem HambG. v. 14. Apr. 1882, wegen des bis zum nächsten Umzugstermine fällig werdenden Miethszinses an den eingebrachten Mobilien ihrem ganzen Umfange nach ohne Beschränkung im Verhältniß zur Höhe der Miethsforderung ein Zurückbehaltungsr. habe; RG. III 6. Nov. 80, 9. Feb. 88, E. 3 24, R. 10 120 (vgl. auch o. N. 4e);

c. nach PrALR. (nach welchem die Zurückbehaltung die einzige Art der Ausübung des Pfandrechtes vor der Fälligkeit der Miethsforderung bildet; RG. II 5. Juli 81 R. 3 461), daß das Zurückbehaltungsr. des Vermiethers nach § 359 I 16 erloschen sei, falls der Miethsforderung eine, wenn auch nicht konnexe u. liquide, Forderung des Miethers gegenüber stehe; RG. II 15. Juni 83 E. 8 346, IV 10. Feb. 88 R. 10 137; vgl. auch o. N. 4g II.

7) Wie beim Diebst. (§ 242 N. 14 ff.) besteht die Hdlg. selbst in einem „Wegnehmen", also in der Entfernung aus fremdem Gewahrsam, nur daß nicht derjenige eines beliebigen „Anderen", sondern der des „Nutznießers zc." in Betracht kommt. Entsprechend der Ausführung in N. 19 zum § 242 genügt auch die Wegnahme aus dem Mitgewahrsam des Nutznießers und das Verbringen in den alleinigen Gewahrsam des Thäters; RG. II 8. Mai 88 E. 17 358. Entsprechend ferner der Bemerkung in N. 30c zum § 242 kann die Wegnahme auch durch sofortige Zerstörung begangen werden; aM. in Konsequenz der beim Diebst. vertretenen Ansicht RG. IV 29. März 87 E. 15 434, auch im Hinblick auf § 137, wo

„Zerstörung" ausdrücklich genannt sei (entgegen OAN. — R. 9 211); vgl. auch § 288 N. 10_2. In der Praxis wurde z. B.

I. die Möglichkeit der Wegnahme bejaht bei Steuerbeamten btr. der in öffentl. Niederlagen befindlichen Waaren, da sie dieselben nicht im eigenen Gewahrsam hätten (§ 242 N. 19); Berlin 2. Juli 75 O. 16 511;

II. die Wegnahme verneint im Gebiete des PrALR. beim Wegschaffen inferirter Sachen aus einer Miethswohnung in eine andere desselben Hauses, da der Vermiether die gleiche faktische Gewalt an den Sachen behalte; RG. II 22. Apr. 84, 9. Apr. 86, E. 10 321, R. 8 272; ferner wenn der Vermiether durch sein Verhalten zu erkennen gegeben hat, er wolle von seinem Rechte keinen Gebrauch machen; RG. III 5. Juli 86 E. 14 321.

8) Die Frage, wann ein „Wegnehmen" möglich sei, ist namentl. gegenüber dem Zurückbehaltungsrechte des Vermiethers bzw. Verpächters (N. 6_2) streitig geworden; es fragt sich insbs., ob dasselbe ausdrücklich und ev. in welcher Weise geltend gemacht sein müsse. Eine thatsächliche Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes, d. h. eine wirkliche Ergreifung des Besitzes oder Gewahrsams, fordert für das GR. v. Schwarze N. 8 A. 2, für das PrALR. Goltd. Mat. 2 618. Meist hält man jedoch eine mündliche Erklärung des Vermiethers, von dem Rechte Gebrauch machen zu wollen, für genügend; so allg.: Merkel HH. 4 461, Blum N. 3, Oppenh. N. 10, Rüd.-St. N. 6, ferner btr. des NassPfandrechtsG. u. des PrALR. Berlin 22. Dez. 75, 18. Okt. 76, St. 6 25, 365, endlich btr. des HambStadt- bzw. des GR. sowie des PrALR. RG. III 8. Mai, II 23. Nov. 80, E. 1 429, 3 57. Mit Recht ist aber das RG. neuerdings in den das PrALR., die BraunschwMobiliarpfandO., das Hamburger Recht u. das Recht im Bezirke des ehem. Justizsenates in Ehrenbreitstein btr. Entsch. II 1. Apr. 81, 20. Jan., III 29. Apr. 82, III 5. Juli 86, I 17. Sept. 91, E. 4 43, R. 4 56, E. 6 321, 14 321, 22 126, noch weiter gegangen und hat angenommen, daß die Fortbringung der Mobilien gegen den ausdrücklichen oder aus den Umständen zu entnehmenden Willen des Vermiethers „Wegnahme" sei, weil sie das besitzähnliche Verhältniß des Vermiethers zu den in sein Grundstück eingebrachten Sachen aufhebe; eine ausdrückliche Erklärung des Vermiethers bezüglich der Geltendmachung seines Pfandrechtes an den Mobilien durch Zurückbehaltung sei deshalb für den objektiven Thatbestand nicht erforderlich (wegen des subjektiven Thatbestandes s. u. N. 11_3); es folge das weniger aus partikulären Bestimmungen, sondern aus allg. Rechtsprinzipien u. aus der inneren jurist. Natur des Pfandrechtes des Vermiethers; ebenso v. Liszt S. 451.

9) Der Eintritt eines materiellen Schadens ist keine nothwendige Voraussetzung des § 289; die Strafandrohung richtet sich ihrem Zwecke nach gerade gegen die Wegnahme aus der Besitzsphäre des Berechtigten und erfordert somit keine andere Beschädigung des Verletzten als die Beeinträchtigung, welche er durch die Wegnahme der Sache in seiner rechtlichen Lage überhaupt erleidet; RG. IV 16. Dez. 87 R. 9 730.

Subjektiver Thatbestand. N. 10—12.

10) Subjektiv wird für den Fall, daß das Objekt eine „fremde" bewegliche Sache ist (N. 7), erfordert, daß die Wegnahme „zu Gunsten des Eigenthümers derselben" erfolge, wodurch dieser Mischthatbestand des § 289 vom Diebst. sich unterscheidet (N. 1_2). Darüber, daß es hier in der That um ein subjektives, nicht um ein objektives Erforderniß sich handelt, vgl. § 157 N. 10; so: RG. III 4. Dez. 82 E. 7 325, Oppenh. N. 3, Rüd.-St. N. 2, v. Schwarze N. 3; aM. anscheinend Merkel HH. 3 837 („zu Gunsten" heiße „zum Vortheil").

Nicht strafbar aus § 289 ist hiernach der schwerere Fall der Wegnahme zu eigenen Gunsten, der auch keineswegs stets als Diebst. zu qualifiziren ist, so z. B. wenn der Thäter die fremde Sache für eine eigene Forderung als Pfand nehmen oder für eine eigene Schuld als Pfand geben wollte (§ 242 N. 30b); RG. 4. Dez. 82 (s. o.), Binding Normen 2 549, Berner S. 609, Merkel HH. 3 836 N. 1, Schütze S. 504 N. 10, v. Schwarze N. 2.

Verfolgt der Wegnehmende ein eigenes Interesse, so kann hiernach § 289 nur dann Platz greifen, wenn die Absicht auch darauf ging, zugleich im Interesse des Eigenthümers zu handeln; daß die Wegnahme objektiv zugleich zu Gunsten des Eigenthümers geschehen ist, genügt nicht; so das cit. RG. 4. Dez. 82.

11) In subjektiver Beziehung wird ferner, und zwar für beide Fälle des Mischthatbestandes, ausdrücklich eine „rechtswidrige Absicht“ erfordert. Es muß also die Wegnahme in der Absicht geschehen, das an der weggenommenen Sache begründete Recht des Nutznießers rc. zu vereiteln (vgl. § 263 N. 45); damit ist aber auch der Inhalt dieses Erfordernisses erschöpft und bedarf es keineswegs der Absicht der materiellen Schädigung (N. 10) oder einer gewinnsüchtigen, eigennützigen Absicht. So die GM., insbs.: **RG**. I 28. Juni 80 R. 2 131, II 18. Jan. 81, 12. März 86, E. **3** 277, **13** 399, Wolfenbüttel 29. Sept. 76 St. **6** 362; vgl. auch Binding Normen **1** 217 f., **2** 549. AM. Jena 25. Jan. 72 St. **1** 273, das Erforderniß der „Absicht, sich einen Vermögensvortheil zu verschaffen oder dem Anderen einen Schaden zuzufügen,“ ergebe sich aus der Aufnahme des § 289 in den Abschn. 25, seiner Stellung zwischen den §§ 288, 290, endlich dem Verhältnisse zum § 137, namentl. hinsichtlich der Strafandrohung). Insbs. braucht hiernach bei der gegen den Pfandgläubiger oder Retentionsberechtigten gerichteten Hdlg. nicht die Absicht obzuwalten, das Forderungsrecht zu verkürzen, zu dessen Sicherung jene dienen; so die GM.

Nach Binding Normen **2** 597 soll im § 289 „Absicht garnichts anderes als Vorsatz bedeuten“; dagegen spricht aber sowohl die Bedeutung, welche jener Ausdruck in dem mit § 289 nicht nur äußerlich sich berührenden § 288 (das. N. 14) hat, sondern auch der Umstand, daß alsdann „rechtswidrige Absicht“ gleichbedeutend sein würde mit „Bewußtsein der Rechtswidrigkeit“, zu einer ausdrücklichen Hervorhebung dieses generellen Dolusmerkmals aber kein Grund vorliegen würde; es wird vielmehr mit „rechtswidriger Absicht“ die bewußte Verfolgung des auf Verletzung des an der Sache bestehenden Rechtes des Nutznießers rc. gerichteten Zweckes bezeichnet; so: **RG** II 30. Jan. 91 E. **21** 312, Hälschner **2** 338, v. Liszt S. 451, Rüd.-St. N. 3, v. Schwarze N. 5 u. SächsGZ. **15** 343, Lucas Subj. Verschuldg. S. 33 sowie Merkel HH. **3** 836, der mit Recht hervorhebt, daß der Thäter jenes Bewußtsein schon dann haben würde, wenn ihm der Bestand des Rechtes des Dritten zweifelhaft sei, während nach der obigen Auffassung hier für einen dolus eventualis kein Raum ist.

Für das Moment der „rechtswidrigen Absicht“ ist die ausdrückliche Geltendmachung des Pfand- bzw. Zurückbehaltungsrechtes seitens des Vermiethers (N. 9) von hervorragender Wichtigkeit, weil es jenes Merkmal außer Zweifel stellt. Ein unbedingtes Erforderniß ist aber die Geltendmachung des Rechtes so wenig in subjektiver wie in objektiver Beziehung; denn die rechtswidrige Absicht erfordert nur, daß das Wegbringen mit dem Bewußtsein erfolge, der Vermiether sei mit der Fortschaffung nicht einverstanden, habe vielmehr den Willen, an die Sachen wegen seiner Forderungen aus dem Miethsvertrage sich zu halten; **RG**. II 23. Nov. 80, 1. Apr. 81, E. **3** 57, **4** 43.

12) In der Praxis des **RG**. wurde zur Ausschließung des subjektiven Thatbestandes für geeignet erachtet die Annahme des Miethers (Pächters),

a. daß er schon mit Rücksicht auf das seiner Ehefrau zustehende Eigenthumsrecht zur Wegschaffung der Sachen aus der Miethswohnung befugt gewesen sei; III 19. März 81 E. **4** 30 (N. 6a);

b. daß der Vermiether wegen der Geringwerthigkeit der Sachen in die Wegschaffung derselben einwillige (vgl. N. 7 II); III 5. Juli 86 E. **14** 321;

c. daß die Pachtforderung, welche die Voraussetzung für das Pfandr. gebildet habe, nicht mehr bestehe; IV 10. Feb. 88 R. **10** 137

Versuch; Theilnahme; Konkurrenz; Strafantrag, Strafausschließung; Verjährung, Zuständigkeit. N. 13—18.

13) Der Versuch (§ 43) des Verg. ist im Abs. 3 für strafbar erklärt. Wegen der Annahme eines solchen vgl. N. 39 zum § 242, deren Ausführungen auch für den letzteren Fall des Mischthatbestandes deshalb zutreffen, weil hier zur Vollendung des Verg. nicht erfordert wird, daß die Wegnahme thatsächlich „zu Gunsten des Eigenthümers der Sache“ ausgeschlagen sei (N. 10).

Im übrigen ist zu beachten, daß ein Versuch des Verg. aus § 289 insofern leichter wie derjenige des einfachen Diebst. aus § 242 vorliegen kann, als manche der Momente,

welche den Diebst. zum „schweren" erheben, für den Thatbestand des § 289 an sich in Betracht kommen, wie z. B. das Erbrechen der vom Vermiether verschlossenen Wohnung, um die eingebrachten Möbel hinauszuschaffen.

14) Btr. der Theilnahme gelten die allg. Grundsätze des Th. I Abschn. 3, namentl. auch, trotz des letzteren der beiden Mischthatbestände (N. 7, 10), hinsichtlich der Beihülfe (§ 49). Hier ist denkbar, einerseits, daß dem Eigenthümer, als Thäter, ein Dritter — andererseits, daß dem Dritten, als Thäter zu Gunsten des Eigenthümers, letzterer Beihülfe leiste, wenn auch in Folge der eigenthümlichen Gestaltung der Mischthatbestände des § 289 die konkrete Entscheidung darüber, ob Mitthäterschaft (§ 47) oder Beihülfe vorliege, häufig schwierig ist.

15) Idealkonk. (§ 73) kann stattfinden mit Körperverltzg. (§ 223), wenn diese lediglich das Mittel für die Wegnahme ist, weil § 289 die Umstände, unter denen, und die Mittel, mit denen letztere geschieht, nicht berücksichtigt; **RG.** II 12. März 86 E. **13** 399 (wg. der Frage, welches der fraglichen Gesetze das schwerere sei, vgl. § 73 N. 29 IIaα).

Dagegen ist Idealkonk. mit Erpressung (§§ 253, 255) nicht denkbar, da das furtum possessionis (N. 1_1), auch wenn es mit Gewalt verübt ist und obwohl die Absicht der Erlangung des Besitzes an der eigenen Sache als die Absicht, sich einen rechtsw. Vermögensvortheil zu verschaffen, angesehen werden kann, unter die Strafbestimmung des § 289 gestellt ist; cit. **RG.** 12. März 86.

16) Ein Strafantrag (§§ 61 ff.) ist nach Abs. 4 Bedingung der Strafverfolgung. Antragsberechtigt ist der Nutznießer ꝛc., dessen Recht durch die Wegnahme der Sache verletzt wurde (§ 61 N. 10 f.); das ist bei Wegnahme von Illaten ꝛc. aus der Miethswohnung der Vermiether, ohne Rücksicht auf Eigenthumsrechte an der Wohnung, weil das Pfand- bzw. Zurückbehaltungsr. seinen Rechtsgrund ausschließlich in dem abgeschlossenen Miethsvertrage hat; **RG.** III 25. Apr. 87 R. **9** 284. Wegen Vertretung des Vermiethers bei der Antragstellung vgl. § 61 N. 18a.

17) Ein Strafausschließungsgrund wird im Abs. 5 aufgestellt, indem hier die Anwendung der Bestimmungen des § $247_{2,3}$ (das. N. 13, 14) vorgeschrieben wird, wobei selbstverständlich von einer „Anwendung des § 247_3" nur insofern die Rede sein kann, als dieser auf Abs. 2, nicht auch auf Abs. 1 daselbst sich bezieht; denn das Antragsdelikt des § 289 ist ein absolutes, nicht, wie dasjenige aus § 247, ein relatives (§ 61 N. 8).

18) Die Hauptstrafe des vollendeten Verg. ist wahlweise Gefängniß von 1 T. bis 2 J. (§ 16) o. Geldstr. von 3—900 M. (§ 27); neben dem Gef. kann nach Abs. 2 i. V. mit § 32 VbbER. erkannt werden. Der Versuch (N. 13) ist nach §§ 44 (insbs. N. 4), 45 zu bestrafen.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 290.

Oeffentliche Pfandleiher, welche die von ihnen in Pfand genommenen Gegenstände unbefugt in Gebrauch nehmen, werden mit Gefängniß bis zu Einem Jahre, neben welchem auf Geldstrafe bis zu neunhundert Mark erkannt werden kann, bestraft.

PrStGB. § 265. Entw. I § 225, II § 286.

1) Der § 290 behandelt einen speziellen Fall des furtum usus. Für die Bestrafung gerade dieses Falles war, nach den Motiven, der denselben charakterisirende „Mißbrauch des öffentlichen Vertrauens" maßgebend. Sowenig wie § 289 (das. N. 1) einen einfachen Fall der Besitzentwendung behandelt, sowenig § 290 einen einfachen Fall der Gebrauchsentwendung; denn dieselbe verbindet sich mit einer Verletzung der dem Pfandleiher obliegenden Verbindlichkeiten; Binding Normen 2 550 N. 790.

2) Subjekt des ein delictum proprium bildenden Verg. muß ein „öffentlicher Pfandleiher" sein.

Das „Pfandleihgewerbe", d. h. die Gewährung von Darlehnen in mäßigen Grenzen gegen Verpfändung von beweglichen Werthsachen jeglicher Art, ist zu unterscheiden von dem kaufmännischen Betriebe des Lombardgeschäftes; deren Inhaber sind „Bankiers" (HGB. Art. 272[2]) und gehören dem Handelsstande an, während die „Pfandleiher" zu den Gewerbetreibenden i. e. S. rechnen; Freudenstein WucherG. S. 132 N. 1. Wenn GewerbeO. § 34, bestimmt, daß „als Pfandleihgewerbe auch der gewerbsmäßige Ankauf beweglicher Sachen mit Gewährung des Rückkaufsrechtes zu gelten habe", so ist das an sich für § 290 nicht maßgebend (vgl. jedoch § 302a N. 8I). Dennoch wird derjenige, der gewerbsmäßig Rückkaufsgeschäfte treibt, die ihrem Wesen nach nur Pfandleihgeschäfte sind (und das ist die Regel), als „Pfandleiher" i. S. des § 290 anzusehen sein, weil der materielle Gesichtspunkt den formalen überwiegt (vgl. auch § 360[12]).

„Oeffentlicher" Pfandleiher ist derjenige, welcher das Pfandleihgewerbe „öffentlich" (vgl. § 110 N. 5), d. h. offenkundig und fürs Publikum zugänglich betreibt; Hälschner 2 839, v. Liszt S. 450, Merkel HH. 3 838, Schütze S. 504 N. 10, v. Wächter S. 437 N. 3, Rubo N. 1, Freudenstein aO. Ist das der Fall, so kommt es darauf nicht an, ob der Pfandleiher zur „Betreibung seines Geschäftes" die durch GewerbeO. § 34, vorgeschriebene behördliche Erlaubniß erhalten hat; RG. III 2. Apr., II 8. Mai 83, E. 8 269, 253 (deshalb könne auch der Gehülfe in einem Pfandleihgeschäft als Mitthäter aus § 290 zu bestrafen sein), Hälschner, Merkel, aO., Oppenh. N. 1, Rüd.-St. N. 1.

3) Objekt des Verg. sind die von dem öffentlichen Pfandleiher „in Pfand genommenen Gegenstände", d. h. die ihm zum Faustpfand bestellten „beweglichen Sachen" (§ 243 N. 3). Uebrigens kann unter Umständen eine „Inpfandnahme" ohne Erwerb eines Pfandrechtes seitens des Pfandleihers stattfinden; vgl. z. B. PrG. v. 17. März 1881 btr. das Pfandgewerbe § 5, wonach „ein Pfandrecht an den ihm übergebenen Gegenständen erst dadurch erworben wird, daß er das Geschäft in ein sog. Pfandbuch trägt."

4) Die Handlung selbst besteht darin, daß der Pfandleiher die Pfandgegenstände „in Gebrauch nimmt" und zwar „unbefugt" (§ 123 N. 14). Da der Pfandvertrag, abgesehen von der Veräußerungsbefugniß, nur den Pfandbesitz verleiht, so ist folgeweise die Ingebrauchnahme der Pfandgegenstände seitens des Pfandleihers eine widerrechtliche, wenn sie ohne Einwilligung des Verpfänders erfolgt; Merkel HH. 3 838.

Uebrigens kommt nicht blos ein körperl. Gebrauch in Betracht, sondern auch jede andere Art nutzbarer Verwendung, z. B. durch Verpfändung; RG. III 2. Apr. 83 E. 8 269.

5) Der Dolus, welcher jedenfalls das Bewußtsein der mangelnden Befugniß erfordert (so die GM.), wird von Binding Normen 2 550 N. 790 nach dem oben N. 1 Bemerkten zutreffend als ein Doppelvorsatz bezeichnet, indem die bewußte unbefugte Anmaßung des Gebrauchs der Pfandgegenstände mit der vorsätzlichen Verletzung der dem Pfandleiher obliegenden Verbindlichkeiten sich verbindet. Der unbefugte Gebrauch einer fremden Sache bildet weder an sich einen Deliktsthatbestand, noch alsdann, wenn er seitens eines privaten Pfandgläubigers an dem Pfandgegenstande erfolgt; zum Deliktsthatbestande gehört vielmehr der hinzutretende „Mißbrauch des öffentlichen Vertrauens", welcher wiederum als Subjekt eine „öffentliche Person", einen „öffentlichen Pfandleiher" erfordert; deshalb bildet dieses Moment nicht nur ein „Strafbarkeitsmerkmal", wie Binding annimmt, sondern vielmehr ein Deliktsmerkmal.

6) Was das Verhältniß zur Unterschlagung anbetrifft, so ist zu beachten, daß der bloße „Gebrauch" nicht nothwendig eine Zueignung enthält, wohl aber eine solche darstellen kann und solches namentl. dann thut, wenn er in einen „Verbrauch" übergeht (vgl. § 246 N. 13 f.); es kann deshalb das Verg. aus § 290 mit einer Unterschl. in Idealkonk. (§ 73) treten; so die GM.; aM.: RG. III 13. Dez. 86 E. 15 147, die Ingebrauchnahme sei gegenüber der Zueignung das Minus, deshalb werde der Thatbestand des § 290 ev. durch denjenigen des § 246 absorbirt (hierbei ist jedoch das spezielle Erforderniß hinsichtlich des Subjektes im § 290 — N. 2 — nicht berücksichtigt), Rüd.-St. N. 3.

7) Die Hauptstrafe ist Gefängniß von 1 T.—1 J. (§ 16) u. fakultativ außerdem Geldstr. von 3—900 M. (§ 27).

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67₂ in fünf Jahren.
Zuständig ist **Strafk.**; GVG. §§ 73¹, 27.

§. 291.

Wer die bei den Uebungen der Artillerie verschossene Munition, oder wer Bleikugeln aus den Kugelfängen der Schießstände der Truppen sich widerrechtlich zueignet, wird mit Gefängniß bis zu Einem Jahre oder mit Geldstrafe bis zu neunhundert Mark bestraft.

PrStGB. § 349⁵. Entw. I § 224 Abs. 2, II § 287. Aktenst. Nr. 82.

1) Der § 291 handelt, wie die Unterschlgg., von einem Falle der „widerrechtlichen" (d. h. rechtswidrigen) „Zueignung" (§ 246 N. 10—18). Während aber bei der Unterschlgg. das Objekt schlechthin jede „fremde Sache, die der Thäter in Besitz oder Gewahrsam hat" (§ 246 N. 2—8) sein kann, ist das Objekt im Falle des § 291 nur ein sehr beschränktes, nämlich: „die bei den Uebungen der Artillerie verschossene Munition und die Bleikugeln in den Kugelfängen der Schießstände der Truppen", also lediglich die bei militärischen Uebungen deutscher Truppen verschossene Munition, diese aber auch nicht einmal in vollem Umfange (s. u. b). Ausgeschlossen ist darnach jedenfalls die im Gefechte seitens D. Truppen sowie die bei nicht militärischen Uebungen verschossene Munition. Im Einzelnen ist noch zu bemerken:

a) Die bei Uebungen der Artillerie verschossene Munition kommt in Betracht, mag sie sich finden, wo sie will, d. h. innerhalb oder außerhalb der Artillerieschießplätze.

b) Die seitens der Truppen verschossenen Bleikugeln kommen nur dann in Betracht, wenn sie in den „Kugelfängen der Schießstände der Truppen" sich finden; über die Kugelfänge hinausgeflogene Bleikugeln bilden kein Objekt des Verg. aus § 291.

2) Für das praktisch wichtige Verhältniß des Verg. aus § 291 zum Diebst. (§ 242) und zur Unterschlgg. (§ 246) ist zunächst die Frage von Bedeutung, ob und inwieweit eine Dereliktion des verschossenen Materials, soweit eine solche zu verneinen, aber die weitere Frage, ob ein Verlust des Gewahrsams auf Seiten des Eigenthümers anzunehmen sei.

a) Die Dereliktion ist zu verneinen sowohl btr. der „verschossenen Artilleriemunition" wegen der Höhe ihres Werthes, soweit nicht die konkreten Umstände geradezu das Gegentheil ergeben, wie z. B. bei Schießübungen auf dem offenen Meere, als auch btr. der „verschossenen Bleikugeln", soweit dieselben innerhalb der, wenn auch offenen, Kugelfänge der Schießstände sich befinden; denn die Wiederauffindung des innerhalb dieser Grenze befindlichen Bleies bildet eine Aufgabe der zuständigen Militärbehörde. So v. Liszt S. 451, Rüd.-St. N. 2 u. Merkel HH. 3 838, der den Beweis dafür gerade in dem Schutze der „Wiederokkupationsrechtes" des Staates findet.

b) Hinsichtlich des Gewahrsams ist als zweifellos anzunehmen, einerseits daß derselbe beim Militärfiskus an allem verschossenen Material, das in abgeschlossenen Schießplätzen bzw. in solchen Kugelfängen sich findet, verblieben, andererseits daß er an demjenigen Material, das über das räumliche Herrschaftsgebiet des Fiskus hinausgeflogen ist, verloren sei. Je nach den Umständen aber, namentl. der Art der ausgeübten Bewachung, wird die Fortdauer des Gewahrsams zu bejahen oder zu verneinen sein, wenn das Material zwar innerhalb der fiskalischen Schießplätze, aber entweder in offenen Kugelfängen oder im ganz offenen Terrain niedergefallen ist; dem steht auch **RG.** III 10. Nov. 80 R. 2 490 nicht entgegen, wenn dasselbe ausspricht, daß offene Kugelfänge an sich weder bestimmt noch geeignet seien, den Besitz seitens der Militärbehörde zu erhalten oder erkennbar zu machen; vgl. auch Merkel HH. 3 838, es sei eine haltlose Fiktion, daß die in den Kugelfängen aufgefangenen Bleikugeln regelmäßig nicht mehr im Besitze des Eigenthümers sich befänden

3) Nach der Ausführung in N. 2 ist eine Idealkonk. (§ 73) zwischen dem Verg. aus § 291 mit Diebst. bzw. Unterschlgg. denkbar, indem namentl. auch § 291 nicht einen begrifflich engeren Thatbestand als die §§ 242, 246 enthält. Der Ausschluß der Idealkonk. müßte deshalb im Gesetze eine besondere positive Begründung finden, an der es aber fehlt. Hier-

nach greifen die Vorschriften über Idealkonk. Platz, wonach die Sache sich so gestaltet, daß die gegen Unterschlgg. bzw. Diebst. gerichteten Strafandrohungen Anwendung finden, sobald der Militärfiskus an dem verschossenen Material noch das Eigenthum und bzw. den Gewahrsam hat.

Im praktischen Resultate steht dieser Ansicht diejenige Auffassung am nächsten, nach welcher § 291 überhaupt nur da Anwendung finden soll, wo ohne Erlaß der Strafbestimmung eine Dereliktion (?) anzunehmen gewesen wäre, so namentl. beim Ansammeln der Munition in „offenen Kugelfängen", die bei Erlaß der Bestimmung vorausgesetzt seien, wie insbs. die Entstehungsgeschichte, die bis auf die Strafsanktion wörtliche Uebernahme aus PrStGB. § 349[3] und die hierfür vorbildliche PrKabO. v. 23. Juli 1833 ergäben; anderenfalls müßten die allg. Bestimmungen über Diebst. (Unterschlgg.) Platz greifen. So: RG. III 10. Nov. 80 R. 2 490, Blum N. 1, v. Kirchmann N. 1, F. Meyer N. 2. Dagegen will v. Liszt S. 452 den § 242 u. nicht § 291 anwenden, sobald der Gewahrsam völlig (?) erhalten bleibe. Die überwiegende Meinung endlich erachtet den Thatbestand des Diebst. (bzw. der Unterschlgg.) durch den als eine Spezialbestimmung sich darstellenden § 291 für ausgeschlossen; so insbs.: Binding Normen 1 214 N. 10, 2 485, Hälschner 2 311, Merkel S. 319 f. u. HH. 3 838, H. Meyer S. 693, Oppenh. N. 1, Rüd.-St. N. 1, v. Schwarze N. 2, Dickel Diebst. S. 39.

4) Die Strafe ist wahlweise Gefängniß von 1 T.—1 J. (§ 16) oder Geldstrafe von 3—900 M. (§ 27).

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 292.

Wer an Orten, an denen zu jagen er nicht berechtigt ist, die Jagd ausübt, wird mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Gefängniß bis zu drei Monaten bestraft.

Ist der Thäter ein Angehöriger des Jagdberechtigten, so tritt die Verfolgung nur auf Antrag ein. Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig.

PrStGB. § 274. Entw. I § 273, II § 288. Aktenst. Nr. 119 5. StB. S. 727 f. Entw. d. StGN. Art. I § 292. Aktenst. 1875/76 Nr. 54, 145, 157 1, 235 II. StB. 1875/76 S. 825—828, 1349.

Zu §§ 292—296a, 370[4]. N. 1.

1) Die §§ 292—296a, 370[4] betreffen Verletzungen fremder Okkupationsrechte (vgl. jedoch Ziebarth Forstr. S. 387, der dies für zu eng erachtet) und zwar: die §§ 292 bis 295 durch unberechtigte Ausübung der Jagd, die §§ 370[4], 296, 296a durch unberechtigte bzw. unbefugte Ausübung der Fischerei; so insbs. RG. III 10. Dez. 85 E. 13 195 btr. der einf. Fischereiverletzung aus § 370[4].

Positive Voraussetzung dieser Delikte ist sonach die Begehung derselben in Gebieten, in welchen überhaupt ausschließliche Okkupationsrechte existiren, was z. B. im offenen Meere nicht der Fall ist.

Negative Voraussetzung ist dagegen die Nichtexistenz von Eigenthumsrechten an dem Wilde bzw. an den Fischen. Stehen solche Thiere im Eigenthum Jemandes, wie z. B. Wild in umschlossenen Gehegen oder Fische in Fischteichen, so sind sie Gegenstand der Unterschlgg., bzw., wenn sie zugleich im Gewahrsam eines Anderen sich befinden, des Diebst. (§§ 242 N. 5b, 246 N. 3). Deshalb finden die §§ 292 ff. namentl. auch dann keine Anwendung, wenn das Wild bereits okkupirt u. im Walde verborgen war, dann aber von einem Dritten in der Absicht rechtsw. Zueignung an sich genommen wurde (was selbst dann gilt, wenn die Okkupationshdlg. durch einen Unberechtigten vorgenommen wurde, da hierdurch für den Berechtigten das Eigenthum erworben wird); über die Frage, ob §§ 242 bezw. 246 o. §§ 292 ff. Anwendung finden, wenn das Wild aus einer von einem Dritten gelegten Schlinge genommen wird, vgl. u. N. 7b.

Zu §§ 292—295. N. 2—13.

2) In den §§ 292—295 ist die Materie der strafb. Verletzung fremden Jagd-

rechtes geregelt; dagegen sind Vorschriften über strafb. Verletzungen der Jagdpolizeigesetze nach EG. § 2_2 in Kraft geblieben. So die GM., insbs.: **RG.** I 7. Dez. 82, III 4. Feb. 89, E. **7** 311, **19** 49, Berlin 8. Juli 74 O. **15** 476. Mit Recht sind demnach für aufgehoben erachtet:

a. die landesgesetzl. Strafvorschriften über unbefugte Aneignung von Fallwild; so cit. **RG.** 4. Feb. 89; aM. Dalcke Jagdr. S. 174 (weil der Begriff des Jagens nur auf lebendes Wild anwendbar u. deshalb die Materie der Aneignung von Fallwild nicht für geregelt zu erachten sei; s. u. N. 7);

b. die landesgesetzl. Strafvorschriften, welche gegen die Aneignung des in eine Schlinge gerathenen Wildes sich richten; cit. Berlin 13. Okt. 75;

c. das französische JagdG. v. 3. Mai 1844 Art. 18, wonach der unberechtigt Jagende des Rechts, einen Jagdschein zu erhalten, für verlustig erklärt werden konnte; ROHG. 13. Sept. 78 Entsch. **24** 118;

d. das Großh.Hess. Jagdstrafgesetz v. 19. Juli 1858 Art. 22, wonach bei nicht ausführbarer Konfiskation des Jagdgewehrs Werthsersatz einzutreten hatte; cit. **RG.** 7. Dez. 82.

3) Das, landesgesetzlich geregelte, Jagdrecht besteht in dem bestimmten Personen ausschließlich eingeräumten Okkupationsrechte in Bezug auf jagdbare Thiere innerhalb eines örtlich begrenzten Gebietes. So die GM., insbs.: **RG.** III 1. Okt. 81, 10. Juni 82, E. **5** 85, **6** 375, München 25. Juli 73 St. **3** 29. Weiter geht aber Ziebarth Forstr. S. 387, indem er das Jagdr. nicht als bloßes Okkupations-, sondern als ein „ausschließliches Recht an dem Wildstande als solchem" auffaßt.

4) „Jagen" o. „Jagdausübung" ist die Vornahme der dem Jagdberechtigten in Bezug auf die Okkupation des Wildes zustehenden Jagdbefugnisse; **RG.** I 13. Jan. 81 E. **3** 226; weiter geht jedoch Ziebarth Forstr. S. 387, der „jeden schädigenden Eingriff in das Jagdrecht" als „jagen" bezeichnet, während Dalcke Jagdr. S. 171 den Begriff nach rechtsgeschichtl. Entwickelung und dem gem. Sprachgebrauche enger faßt, nämlich als das Treffen bestimmter Anstalten seitens des Thäters, welche auf das Aufsuchen bzw. Verfolgen u. Erlegen des Wildes gerichtet sind. Darüber herrscht Uebereinstimmung, daß das „Jagen", im Gegensatz vom „Erjagen", nicht erfordert, daß die Hdlg. zum Ziele geführt habe, m. a. W., daß der Mangel des Erfolges die Hdlg. nicht zum Versuch (N. 12) herabdrückt. Nach dem oben an die Spitze gestellten Grundsatze genügt (was Dalcke aO. bestreitet) schon lediglich die Besitznahme selbst, wie z. B. beim Fallwilde (N. 7b), während im übrigen erforderlich, aber auch genügend ist jede auf die Okkupation selbst gerichtete (dieselbe nicht erst vorbereitende — N. 12_2) Hdlg., also namentl. das Durchstreifen des Jagdreviers mit schußfertigem o. jederzeit schußfertig zu machendem Gewehre, das selbst noch nicht beendigte Legen von Schlingen; gleichgültig ist, ob die Jagd waidmännisch mit Schießgewehr u. Hunden oder in anderer Weise ausgeübt wird (aM. Oldenburg 31. Jan. 82 St. 2 206). Dies ist auch der Standpunkt der GM., die namentl. vertreten wird von: **RG.** III 10. Juni 82, 15. Juni, 19. Nov. 85, I 9. Okt. 84, 24. Okt. 89, E. **6** 375, **11** 421, **13** 84, **11** 249, **20** 4, II 17. März 85, IV 29. Jan. 86, 2. Juni 91, R. **7** 184, 8 102, E. **22** 115, Berlin OAG. 17. Jan. 72, OTr. 17. Sept. 73, Dresden 14. Feb. 76, München 19. Juli 75, 27. Apr. 78, St. **1** 205, **3** 139, **6** 365, 26, 8 275.

Das bloße Aufscheuchen des Wildes, z. B. aus Neugierde, fällt hiernach nicht unter den Begriff des Jagens; aM. nach seiner weiten Auffassung des Begriffes Ziebarth aO. S. 387 für den Fall, wenn dasselbe Schaden anrichte. Anders jedoch, wenn es in der Absicht geschieht, daß durch dasselbe eine Okkupation herbeigeführt werde; s. u. N. 81, 13_2.

Ob die beabsichtigte Okkupation eine dauernde oder nur eine zeitweilige sein soll, erscheint unerheblich; deshalb steht an sich die Absicht, das erjagte Wild sofort wieder in Freiheit zu setzen, dem Begriffe der Jagdausübung nicht entgegen; **RG.** II 26. Sept. 82 R. **4** 713. Dagegen wurde die Okkupationsabsicht überhaupt und damit zugleich die Jagdausübung in einem Falle verneint, wo Jemand ein schlafend vorgefundenes Reh mitnahm, um es zu Hause zu zeigen und dann dem Jagdberechtigten abzuliefern; Dresden 12. März 77 St. **7** 349.

5) Den Gegenstand des Jagdrechtes (N. 3) bilden die jagdbaren Thiere, das sog. Jagdwild, und zwar einerseits das „Haarwild" (Vierfüßler), andererseits das „Federwild" (Vögel; § 368[11]). Welche Thiere jagdbar seien, bestimmt sich nach dem Landesrecht, welches nicht selten Gewohnheitsrecht ist; so die GM., insbs. RG. III 1. Okt. 81, 22. Feb., 11. Juni, 5. Nov. 83, II 4. Nov. 84, I 24. Juni 89, E. 5 85, 8 71, 378, 9 299, 11 192, 19 349. Im Allgemeinen läßt sich die auch im PrALR. II 16 § 32 anerkannte Regel aufstellen, daß Vierfüßler u. Vögel, welche nicht zur Speise benutzt zu werden pflegen, zum Jagdwild nicht gehören; RG. II 26. Sept. 82 R. 4 713, III 22. Feb. 83 (s. o). Uebrigens bildet das Jagdwild den Gegensatz einerseits zu den Thieren, welche Gegenstand des freien Fanges sind, andererseits zu denjenigen, welche Gegenstand eines Fischereirechts sind. In der Praxis ist die Eigenschaft eines jagdb. Thieres z. B.

I. bejaht u. zwar a. Preußen btr.:

α. im Geltungsbereiche des WildschonG. v. 26. Feb. 1870 (d. h. für die Monarchie mit Ausschluß Hohenzollerns) btr. aller Thiere, für welches dieses Gesetz eine Schonzeit feststellt, insbs. also auch beim Dachs; cit. RG. 22. Feb. 83, dem die GM. sich angeschlossen hat (vgl. jedoch Rotering G. 32 350);

β. im Gebiete des ALR., im Mangel besonderer provinzialrechtl. Bestimmungen, bei Fasanen nach der Regel des o. cit. § 32 II 16; RG. II 20. Juni 84 R. 6 451;

γ. nach Provinzialrechten: beim wilden Kaninchen in den ehem. sächs. Landestheilen (s. jedoch u. II); cit. RG. 11. Juni 83; beim wilden Schwan in der Mark Brandenburg; RG. II 13. Feb. 91 E. 21 341, Berlin 15. Dez. 71 O. 12 663; bei Lerchen, Wachteln u. Drosseln im ehem. Herzogthum Nassau; Berlin KG. 31. Mai 88 Jahrb. 8 212;

b. Bayern btr. u. zwar nicht nur für das Gebiet des BayerLR., sondern auch außerhalb desselben, namentl. im Gebiete des GR. (ob auch in dem des PrALR. erhellt nicht ganz klar) bei allen nutzbaren wilden Säugethieren u. Vögeln, insbs. beim Fuchs; cit. RG. 24. Juni 89;

c. Waldeck btr. beim Fuchs; Berlin 8. Juli 74 O. 15 479;

II. verneint u. zwar nach Preußischen Provinzialrechten: beim wilden Kaninchen im Herzogth. Magdeburg (s. jedoch o. I a γ); cit. RG. 1. Okt. 71; beim Fuchs in den ehem. sächs. Landestheilen, insbs. der Nieder-Lausitz; cit. RG. 4. Nov. 84.

6) Gehört ein Thier zum Jagdwild, so ist es Gegenstand des Jagrechtes, ohne Rücksicht darauf, ob es im konkreten Falle für den Menschen nutzbar ist oder nicht; RG. II 26. Sept. 82 R. 4 713. Daraus folgt namentlich, daß auch die Jungen vom Jagdwild Gegenstand des Jagdrechtes sind u. deren Okkupation eine strafb. Jagdrechtsverletzung ist; so die GM.; aM. Dalcke Jagdr. S. 173 auf Grund des von ihm aufgestellten Begriffs des Jagens (o. N. 4) btr. derj. Jungen, die noch so hülflos sind, daß sie sich nicht fortbewegen können; vgl. auch Rotering G. 32 355.

Das „Ausnehmen der Jungen von jagdbarem Federwild" fällt jedoch nicht unter die §§ 292 ff., sondern unter die mildere Strafandrohung des § 368[11].

7) Was die Frage betrifft, ob nur das lebende Thier Gegenstand des Jagdrechtes sei (so Dalcke Jagdr. S. 173), so ist zu unterscheiden:

a) Von dem nach dem Gesetze der Natur abgesonderten und zu selbständigen Sachen gewordenen Theilen des Jagdwildes scheiden zunächst die Eier schon deshalb als Objekte der aus den §§ 292 ff. strafb. Hdlgen aus, weil das unbefugte Ausnehmen der Eier von jagdb. Federwild unter § 368[11] fällt. Ob aber die abgeworfenen Wildstangen Gegenstand des Jagdrechtes sind, bestimmt sich nach dem Landesrechte; ohne besondere gesetzliche Bestimmungen können sie aber ihrer selbständigen Natur nach als dem Jagdrechte unterworfen nicht gelten; RG. III 19. Nov. 85 E. 13 84, Darmstadt (OLG.) 20. Dez. 90 G. 39 74, v. Liszt S. 466, Merkel HH. 4 461, Meves N. 6. Im Gebiete des PrALR. besteht, soweit nicht ältere Provinzialrechte etwas anderes bestimmen (vgl. Wagner Jagdgstzgbg. S. 135), ein ausschließliches Okkupationsrecht nicht; so auch die in N. 5 zum § 246 citt. Entsch. Berlin 17. Juni, 19. Okt. 75.

b) Das sog. Fallwild, und zwar nicht nur das in Folge natürlichen Todes

eingegangene Wild (sog. Fallwild i. e. S.), ist dagegen Gegenstand des Jagdrechtes; so die GM., insbs.: RG. I 13. Jan. 81, 22. Nov. 88, 14. Feb. 87, E. **3** 226, **18** 226, R. **9** 127, III 19. Nov. 85, 4. Feb. 89, E. **13** 84, **19** 49, II 26. Sept. 82, 16. Feb. 83, R. **4** 713, **5** 126, Dresden 11. Aug. 71, Stuttgart 2. Dez. 74, München 18. Jan., Berlin 14. Juni, 20. Nov. 78, St. **1** 138, **5** 153, **8** 273 f., O. **19** 543. Deshalb ist auch die Wegnahme von Wild, welches in einer seitens eines Unberechtigten aufgestellten Schlinge sich gefangen hat u. daselbst verendet ist, Jagdvergehen und nicht Unterschlgg. o. gar Diebst., letzteres schon deshalb nicht, weil das Wild dadurch, daß es in die Schlinge geräth, noch nicht in den Besitz o. Gewahrsam des Schlingenstellers gelangt; RG. I 21/25. Apr. 92 E. **23** 89 (welches noch den Satz ausspricht, daß der Wilderer durch s. Handeln nach deutschem R. auch nicht als Repräsentant des Jagdberechtigten für diesen Eigenthumsrechte habe begründen können — womit doch wohl die Möglichkeit für anders gelagerte Fälle nicht verneint sein soll; vgl. Berlin 13. Okt. 75 O. **16** 653). Nur dann kann Fallwild als Gegenstand des Jagdrechtes nicht mehr angesehen werden, wenn, namentl. durch Verwesung, eine den Begriff eines jagdb. Thieres überhaupt aufhebende Zerstörung eingetreten ist; so die citt. RG. II. Wegen der Frage, wer zur Okkupation des Fallwildes für berechtigt zu erachten sei, vgl. u. N. 8_2.

8) Das ausschließliche Recht zur Okkupation jagdb. Thiere ist an ein räumlich abgegrenztes Gebiet gebunden. Demgemäß ist maßgebend der Standort des Wildes zur Zeit der Okkupationshdlg., nicht derjenige des Jagenden; so die GM. Der § 292 macht auch, wie RG. I 22. Nov. 88 E. **18** 266 zutreffend bemerkt, namentl. keine Ausnahme für die sog. Jagdfolge; deshalb ist mit Recht die Verfolgung angeschossenen Wildes auf fremdes Jagdgebiet (Berlin OAG. 27. Sept. 71, OTr. 14. Juni 78, St. **1** 102, 8 274) sowie die Okkupation des von Hunden im eigenen Gebiet des Jagenden aufgejagten, auf fremdes Gebiet verfolgten u. dort festgehaltenen Wildes (München 7. Mai 77 St. **7** 353) für ein strafb. Jagdvergehen erachtet. Fraglich erscheint jedoch, wie auch das cit. RG. 22. Nov. 88 anerkennt, gegenüber der Allgemeinheit der Bestimmung des StGB. (s. u. N. 9), ob nicht eine landesgesetzliche Vorschrift, wonach die Jagdfolge auf fremdes Gebiet gestattet ist, dem § 292 gegenüber noch Geltung beanspruche; diese Frage dürfte zu bejahen sein. Verneint hat jedoch das cit. RG. 22. Nov. 88, daß der für das Gebiet des französischen Civilrechts (freilich nicht unbestritten) angenommene Satz, wonach gejagtes Wild bereits mit der tödtlichen Verletzung als erworben erscheine, ohne weiteres für die Berechtigung der Jagdfolge zwecks Ergreifung tödtlich verwundeten Wildes auf fremdem Jagdgebiet entscheidend sei; für Elsaß-Lothringen ist freilich diese Folgerung von RG. I 7. Jan. 84 E. **9** 412 in Auslegung der dortigen Jagdpolizeigesetzgebung als thatsächlich zur Geltung gekommen anerkannt. Man wird diesen Entscheidungen von dem Gesichtspunkte aus zustimmen können, daß eine — wenn auch nach der civilrechtlichen Vollendung der Okkupation — auf ein fremdes Jagdgebiet hinüber thatsächlich sich fortsetzende Okkupationshdlg. ohne ausdrückliche gesetzliche Gestattung nicht erlaubt und als unberechtigte Jagdausübung strafbar ist.

Die eben entwickelten Grundsätze müssen auch auf Fallwild (N. 7b) Anwendung finden, namentl. an sich auch auf solches Fallwild, welches durch einen Schuß verendet war, welchen der dasselbe auf fremdem Jagdgebiete Aufhebende vom eigenen Jagdgrunde aus auf dasselbe abgegeben hatte; cit. RG. 22. Nov. 88. Demgemäß ist auch hier entscheidend die örtliche Lage des Fallwildes zur Zeit der Okkupationshandlung. Daraus folgt, daß, wenn es durch Zufall, sei es Naturkraft, sei es nicht veranlaßtes Verschleppen durch Hunde, in ein anderes Revier verbracht wird, es dem Okkupationsrechte des dort Jagdberechtigten unterliegt; so Ziebarth Forstr. S. 294; aM.: H. Meyer S. 686 N. 1, v. Schwarze N. 3, Rotering G. **32** 348, Wagner Jagdgesetzgbg. S. 184, die zum Theil annehmen, daß solches Fallwild von Jedem okkupirt werden könne. Anders natürlich, wenn die Okkupation solchen Fallwildes bereits vollendet war und dann erst eine zufällige Ueberführung auf fremdes Jagdgebiet stattfindet.

Mit Rücksicht auf den maßgebenden Standort des Wildes z. Z. der Okkupationshdlg. ist in der Praxis als Verletzung fremden Jagdrechtes:

I. erachtet (abgesehen von der Jagdfolge): die Abgabe eines Schusses vom eigenen

Revier aus auf das im fremden Jagdgebiet befindliche Wild (München 27. Apr. 78 St. 8 275); das schußbereite Aufstellen an der Grenze, um das von selbst sich nähernde o. herangetriebene Wild vom eigenen Gebiete aus mit Schüssen zu empfangen (RG. I 16. Juni 81 E. 4 261, München 7. Juni 77 St. 8 274), für den Fall des — durch Menschen o. Hunde erfolgenden — Zutreibens des Wildes aus fremdem Gebiet wegen der Einheitlichkeit der Hdlg. selbst dann, wenn das Wild erst nach dem Uebertreten auf eigenes Gebiet erlegt werden sollte; RG. II 1. Juni 86 R. 8 420, I 28. Nov. 89 E. 20 98;

II. unter der Voraussetzung, daß der Jagende nichts unternimmt, um den Uebertritt des Wildes auf das eigene Revier herbeizuführen (RG. II 12. Okt. 88 R. 10 565) nicht erachtet: das Anschleichen des auf eigenem Gebiete befindlichen Wildes durch fremdes Gebiet bzw. das Erlegen desselben von fremdem Gebiete aus (vgl. jedoch § 368[10]); RG. III 10. Juni 82 E. 6 375, Berlin OAG. 17. Jan. 72, OTr. 7. Okt. 75, München 28. Apr. 73, St. 1 205, 6 27, 2 298.

9) An welchen „Orten" Jemand „zu jagen berechtigt" bzw. „nicht berechtigt" ist, entscheidet sich nach den Landesgesetzen. Nach den Motiven sollen die Bestimmungen sowohl den Fall treffen, in welchem „der Jagdberechtigte die Jagd über sein Jagdrevier hinaus ausübt" (N. 8), als auch den Fall, in welchem „Jemand, ohne überhaupt zur Ausübung der Jagd befugt zu sein, die Jagd betreibt, selbst wenn er Eigenthümer des Grundstücks ist, auf welchem er das Vergehen verübt."

Mit der hier in Rede stehenden „Berechtigung" ist das materielle Jagdrecht als solches gemeint, nicht die durch jagdpolizeiliche Bestimmungen geregelte Befugniß zur Ausübung desselben. Der an einem Grundstücke materiell Jagdberechtigte kann eines aus den §§ 292 ff. strafb. Jagdvergehens sich nicht schuldig machen, da es bei diesem stets um den Eingriff in ein fremdes Okkupationsrecht sich handeln muß (N. 1, 2); Merkel HH. 3 840. Aus diesem Grunde kann auf einem Territorium, in welchem überhaupt eine ausschließliche Jagdberechtigung nicht besteht, wie z. B. am Meeresstrande zu Schleswig, ein Jagdvergehen aus den §§ 292 ff. nicht verübt werden; Berlin OAG. 14. Sept. 72 St. 2 60. Deshalb fällt ferner die Zuwiderhandlung eines Jagdberechtigten gegen eine die Ausübung seines Rechtes beschränkende gesetzliche Vorschrift nicht unter § 292; so Berlin OAG. 1. Nov. 71 St. 1 103; aM. Berlin OTr. 24. Jan. 72 O. 13 71 btr. der Jagdausübung auf eigenem Grundstück, das vom Landrath als ein „eingefriedetes" nach § 2b des PrJagdpolizeiG. v. 7. März 1850 nicht erachtet war (GeneralStA. entgegen), Meves N. 8, Oppenh. N. 4; vgl. auch Ziebarth Forstr. S. 388. Deshalb ist endlich auch derjenige nicht aus § 292 strafbar, welcher mit Genehmigung des Eigenthümers eines „ausgeschiedenen" Grundstücks, auf welchem die Jagd (nach dem cit. PrJagdpolizeiG. § 6) zu ruhen hat, die Jagd ausübt; RG. II 26. Juni 83 E. 8 402, Berlin KG. 8. Nov. 88 Jahrb. 9 261. Es handelt sich immer nur darum, objektiv festzustellen, ob demjenigen, welcher an einem best. Orte gejagt hat, überhaupt ein Recht zustand, an diesem Orte zu jagen; das Recht selbst, von dessen objektivem Vorhandensein die Befugniß abhängt, kann an Einschränkungen und Bedingungen geknüpft sein, sei es zeitlicher, sei es anderer Natur, so z. B. an die Bedingung, die Jagd ausschließlich als Stellvertreter des Jagdberechtigten ausüben; RG. I 19. Jan. 84 E. 19 431 (gegen das im übrigen Dalcke Jagdr. S. 164 N. 3 ein nicht unberechtigtes Bedenken erhebt). Wohl aber verletzt derjenige ein fremdes Jagdrecht, der unbefugt auf einem fremden Grundstücke jagt, wenn auch auf demselben die Jagd zu ruhen hat.

In der Praxis wurde die Jagdberechtigung beispielsweise

I. bejaht nach dem Rechte in Bayern r. d. Rheins btr. des Grundeigenthümers in seinem Hausgarten, auch wenn derselbe nicht unmittelbar an seiner Behausung liegt; RG. I 8. Dez. 81 E. 5 230;

II. verneint nach dem PrJagdpolizeiG. v. 7. März 1850 (wg. dessen Einfluß, insbs. des § 2b, auf die Vorschrift des § 149 PrALR. I 9 zu vergl. RG. IV 2. Juni 91 E. 22 115):

a. btr. des Eigenthümers bzw. des von diesem mit Jagderlaubniß Versehenen an einem zum sog. „gemeinschaftl. Jagdgebiete" gehörigen Grundstücke, gleichgültig ob hier die Jagd nach Gemeindebeschluß zu ruhen hatte oder nicht; RG. II 10. Mai 81, I 14. Mai 88, E. 4

158, **17** 363 (in letzterem Falle war die Anerkennung, daß das btr. Grundstück ein „dauernd u. vollständig eingefriedigtes" sei, seitens des zuständigen Landraths noch nicht ausgesprochen u. deshalb die Ausscheidung aus dem gemeinschaftl. Jagdgebiete noch nicht erfolgt);

b. btr. des in einem Privatjagdrevier Berechtigten hinsichtlich der dasselbe durchschneidenden Schienenwege einer Kgl. Eisenbahn; Berlin 23. Nov. 77 O. **18** 737.

Wegen des Großherzogl. Hessischen G. v. 26. Juli 1848, insbs. des fehlenden Schutzes einer durch private Uebereinkunft der Pächter herbeigeführte Theilung eines Jagdrechtes auf einer Gemeindemarkung vgl. **RG.** I 10. Dez. 91 E. **22** 250.

10) Die Verletzung des fremden Jagdrechtes muß eine vorsätzliche sein (vgl. Th. I Abschn. 4 N. 4); so die GM. mit Ausnahme von Merkel HH. **4** 461 f., der (entgegen HH. **3** 840 f.) in Frage stellt, ob die §§ 292 ff. lediglich dolose Verletzungen bedrohen wollten.

11) Der Dolus besteht in dem bewußten Willen, durch eine auf Okkupation des innerhalb fremden Jagdgebietes befindlichen Wildes gerichtete Hdlg. in ein fremdes Jagdrecht einzugreifen; so wesentlich die GM., insbs.: **RG.** III 10. Juni 82 E. **6** 375, Stuttgart 5. März 73, Dresden 5. Feb. 77, St. **2** 298, **7** 348. Die Willensbethätigung muß deshalb dahin gehen, nicht erst künftig (wie im Falle des § 368[10]), sondern schon mit der fragl. Hdlg. die Jagd ausüben; **RG.** I 24. Mai 86 R. **8** 378.

Im Einzelnen ergiebt sich hieraus zunächst das Erforderniß des Bewußtseins, im fremden Jagdgebiet zu jagen, ferner dasjenige des Bewußtseins der fehlenden Berechtigung (Berlin 14. Nov. 77 O. **18** 709), endlich des Bewußtseins, daß ein jagdbares Thier gejagt werde, wobei natürlich dolus eventualis genügt (**RG.** III 3. März 84 E. **10** 234). Ob der Thäter auf Grund thatsächlichen oder rechtlichen Irrthums des erforderlichen Bewußtseins entbehrte, ist ganz gleichgültig; das Nichtvorhandensein desselben an sich begründet den Ausschluß der §§ 292 ff.; so die GM. u. namentl. die citt. **RG.** u. Berlin, während Berlin 8. Juli 74 O. **15** 479 u. Meves N. 10 diesen Gesichtspunkt bei der rechtsirrthümlichen Annahme, ein Thier gehöre nicht zu den jagdbaren, verkennen.

Auf die Absicht und den Zweck der Jagdausübung kommt nichts an. Deshalb ist namentl. auch der Vorsatz, das erjagte Wild sich anzueignen bzw. den erlangten Besitz für sich auszuüben, nicht erforderlich; **RG.** I 16. Juni 81 E. **4** 261, Hälschner **2** 341, Rotering G. **32** 354, Dalcke Jagdr. S. 166, 175. Mit Recht konnte deshalb unberechtigtes Jagen in einem Falle angenommen werden, wo Jemand auf eigenem Grund und Boden, auf dem er jedoch zu jagen nicht berechtigt war, Gift legte oder Schlingen aufstellte, um durch Verringerung des Wildstandes Wildschaden abzuwenden; **RG.** I 23. Sept. 86, IV 2. Juni 91, E. **14** 419, **22** 115.

12) Der Versuch ist schon Mangels besonderer Strafandrohung ($§43_2$) nicht strafbar, ganz abgesehen davon, daß der Begriff des Jagens den Versuch als solchen schon in sich schließt (N. 4).

Was aber die Abgrenzung zwischen der vollendeten That und den straflosen Versuchs- bzw. richtiger Vorbereitungshdlgen betrifft, so ist, wenn auch der Thatbestand eine bereits auf die Okkupation selbst gerichtete Hdlg. erfordert, dennoch für die Vollendung nicht nothwendig, daß die Hdlg. soweit gediehen sei, daß durch sie schon unmittelbar eine Okkupation des Wildes eintritt o. ermöglicht wird; der Verfolgung eines bestimmten Thieres bedarf es nicht; **RG.** II 17. März 85 R. **7** 184 (insbs. Vollendung bei Durchstreifen des Forstes mit schußfertigem Gewehr bzw. auf Anstand Stehen). Deshalb hat **RG.** I 9. Okt. **84** E. **11** 249 auch die noch nicht beendigte Aufstellung einer Schlinge behufs Einfangen des Wildes als vollendetes qualif. Jagdvergehen aus § 293 angesehen, ja I 24. Mai 86 R. 8 378 hat dasselbe bereits darin gefunden, daß der Jagdfrevler mit zubereiteten Schlingen ausgerüstet die zur Legung derselben geeigneten Stellen im fremden Jagdgebiete aufsucht (vgl. hiergegen jedoch Dalcke Jagdr. S. 177 N. 4). Dem entspricht es vollständig, auch darin schon, daß Jemand im fremden Jagdrevier, um Fallwild (N. 7b), welches er daselbst hat liegen sehen, fortzuschaffen, mit Stricken versehen den btr. Ort aufsucht, eine Jagdausübung zu sehen; aM. jedoch: v. Schwarze N. 8, Rotering G. **32** 355, Dalcke aO. S. 169. Dagegen wurde es als wesentlich auf thatsächl. Feststllg. beruhend nicht für rechtsirrthümlich angesehen, wenn in dem Laden eines Vorderladers eine bloße Vorbereitungshdlg. erblickt wurde; **RG.** III 15. Jan. 85 E. **11** 421; vgl. jedoch andererseits I 24. Okt. 89 E. **20**4.

13 a) Was die Unterscheidung der Mitthäterschaft (§ 47; vgl. auch § 293 N. 4 d) von der Beihülfe (§ 49) anbetrifft, so ist von Bedeutung, daß die Thäterschaft eine eigennützige Absicht nicht verlangt (N. 11_3). Uebrigens ist die GM. darin einverstanden, daß die sog. Treiber nur als Gehülfen anzusehen seien, da deren Hdlgen nur dazu dienen sollen, Anderen — den Jagenden — die Okkupation zu erleichtern, nicht aber selbst auf Okkupation abzielen; dagegen nahm Berlin KG. 18. Okt. 88 Jahrb. **9** 265 Mitthäterschaft bei Jemandem an, der bei einer Treibjagd mit ungeladenem Gewehr i. d. Schützenlinie sich aufgestellt hatte u. s. Nachbarn auf das ankommende Wild aufmerksam machte. Bedenklich erscheint es, wenn **RG.** III 25. Apr. 88 R. **10** 331 das Aufscheuchen von Wild auf einem Reviere, auf dem der Thäter zu jagen nicht berechtigt war, mit der Absicht, dasselbe Jägern, die berechtigt auf einem anderen Reviere jagten, zuzutreiben, für Jagdausübung erachtete, zumal nicht einmal ein Einverständniß des Thäters mit den Jägern festgestellt war.

b) Idealkonk. (§ 73) liegt vor, wenn die unbefugte Jagdausübung gleichzeitig unter Zuwiderhdlg. gg. Vorschriften über die Führung von Jagdscheinen (vgl. z. B. PrJagdpolizeiG. v. 7. März 1850 § 16) erfolgt; **RG.** III 23. Nov. 91 E. **22** 234, Oppenh. N. 16, Dalcke Jagdr. S. 267 N. 6.

Zu § 292. N. 14, 15.

14) Das einfache, aus § 292 strafb. Jagdvergehen, auf welches die N. 2—13 Anwendung finden, ist ausweislich des Abs. 2 ein, durch die StGN. (das. Art. III N. 2) eingeschränktes, Antragsdelikt (§§ 61 ff.); denn während es früher ein absolutes war, ist es jetzt ein relatives (§ 61 N. 8), da seine Verfolgung nur dann, wenn der Thäter (vgl. jedoch § 61 N. 9) ein „Angehöriger" (N. 16 ff. zum § 52_2) des „Jagdberechtigten" ist, auf Antrag zu erfolgen hat, sonst aber von Amtswegen geschehen muß. Mit Recht hat deshalb **RG.** II 10. Mai 81 E. **4** 158 einen Strafantrag in einem Falle für nicht erforderlich erklärt, wo im Gebiete des PrJagdpolizeiG. v. 7. März 1850 der Bruder des Eigenthümers mit dessen Genehmigung auf einem zu gemeinschaftlichen Jagdbezirken gehörigen Grundstücke jagte, weil das Recht der Sozietät, nicht ein Individualrecht des Bruders verletzt worden war.

Indirekt wird somit der „Jagdberechtigte", d. h. derjenige, der an dem btr. Orte das Jagdr. auszuüben berechtigt ist (N. 3), — unter Umständen eine juristische Person, wie z. B. der Fiskus (§ 65 N. 17) — als Verletzter und Antragsberechtigter bezeichnet (§ 61 N. 10). Deshalb ist bei Verpachtung der Jagd in einem Revier nicht nur zweifellos der Pächter zur Stellung eines Strafantrages berufen (Berlin 5. Dez. 73 O. **14** 780), sondern vielmehr der einzige zum Antrag Berechtigte, unter Ausschluß des Eigenthümers; so: Merkel HH. **4** 462, Meves N. 19, Oppenh. N. 29, Reber Antragsdel. S. 395, Dalcke Jagdr. S. 176; aM. Ressel Antragsber. S. 26. Bei mehreren Jagdberechtigten ist jeder antragsberechtigt. Dies gilt auch dann, wenn, wie nach § 17 PrJagdpolizeiG. v. 7. März 1850 anzunehmen (vgl. Berlin KG. 26. Apr. 88 Jahrb. **8** 213), nur sämmtliche Berechtigte zusammen einem Dritten die Erlaubniß zur Jagdausübung ertheilen können.

Zurücknahme des Antrages, auf welche übrigens § 64 (das. N. 1 a) Anwendung findet, ist unbedingt statthaft.

Der im § 247_3 ausgesprochene Grundsatz findet, soweit er das Antragserforderniß im Auge hat, auch im Falle des § 292 Anwendung; vgl. § 263 N. 57_b.

15) Die Strafe ist wahlweise Geldstr. von 3—300 M. (§ 27) o. Gefängniß von 1 T. bis 3 Mt. (§ 16); jene kann, als „an erster Stelle" angedroht, gemäß § 28_2 (das. N. 6 b) für den Nichtbeitreiblichkeitsfall auch in Haft umgewandelt werden; die ev. an die Stelle tretende Gefängnißstrafe darf nach § 29_2 nicht mehr als 3 Mt. betragen. Wegen Einziehung vgl. § 295.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 (das. N. 14) in drei Jahren.

Zuständig ist **SchöffenG.**; GVG. § 27[2].

§. 293.

Die Strafe kann auf Geldstrafe bis zu sechshundert Mark oder auf Gefängniß bis zu sechs Monaten erhöht werden, wenn dem Wilde nicht mit

Schießgewehr oder Hunden, sondern mit Schlingen, Netzen, Fallen oder anderen Vorrichtungen nachgestellt oder, wenn das Vergehen während der gesetzlichen Schonzeit, in Wäldern, zur Nachtzeit oder gemeinschaftlich von Mehreren begangen wird.

PrStGB. § 275. Entw. I § 274, II § 289.

1) Das einfache Jagdverg. aus § 292 gestaltet sich zum qualifizirten durch Hinzutritt eines der im § 293 vorgesehenen straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295. Die Verweisung des § 293 auf „das Vergehen" sc. des § 292 setzt außer Zweifel, daß die Straferhöhungsgründe auf alle Fälle des Verg. Anwendung finden müssen, sofern sie nicht entweder im § 293 selbst ausgeschlossen (wie z. B. wenn außerhalb eines Waldes, bei Tage und nur von einer einzelnen Person mit Schießgewehr o. Hunden gejagt wird) oder nach der Natur der Sache und der Art der Verübung des Verg. unanwendbar sind; **RG.** I 14. Feb. 87 **E. 15** 268 (deshalb sei § 293 an sich — d. h. abgesehen vom Nachstellen [N. 2_2] u. von der Verletzung der Schonzeit [N. 4a] — auch bei Aneignung von Fallwild anwendbar; aM. Dalcke Jagdr. S. 174; vgl. übrigens § 292 N. 7b).

2) Straferhöhend wirkt zunächst, wenn dem „Wilde" (§ 292 N. 4) in einer besonderen Art „nachgestellt" (N. 3) wird, nämlich „mit anderen Vorrichtungen als mit Schießgewehr oder Hunden". Als besonders verpönte Vorrichtungen werden namentl. „Schlingen, Netze, Fallen" bezeichnet. Wegen des Nachstellens mittels „Schlingen" insbs. vgl. § 292 N. 12_2. Im übrigen ist eine der mit erhöhter Strafe bedrohten Arten der Nachstellung gefunden bei Legung vergifteter Köder; **RG.** I 23. Sept. 86 **E. 14** 419.

Ausgeschlossen ist dieser straferhöh. Umstand seiner Natur nach bei Fallwild; so das N. 1 cit. **RG.** 14. Feb. 87.

3) Straferhöhend wirken ferner die That begleitende Umstände; daß auch hier eine „Nachstellung" (N. 2) vorliegen müsse, wird nicht verlangt, vielmehr heißt es nur „wenn das Vergehen (sc. dasjenige aus § 292) . . . begangen wird", woraus folgt, daß das Vorliegen jener Umstände bei jeder Verletzung fremden Jagdrechtes die Straferhöhung bedingt, so namentl. auch bei der Aneignung von Fallwild in Folge zufälligen Findens; so: **RG.** I 14. Feb. 87 **E. 15** 268 (N. 1), Oppenh. N. 2a; aM.: München 13. Sept. 78 BayerE. 8 479 (der Gesetzestext, welcher bei der ersten Alternative gewisse Arten der Nachstellung mit erhöhter Strafe bedrohe, lasse dadurch erkennen, daß auch die folgenden Umstände nur für die Fälle gelten sollten, in welchen dem Wilde nachgestellt werde), v. Schwarze N. 2a.

4) Die einzelnen straferhöh. Umst. der zweiten Kategorie (N. 3) sind die „Begehung" der That:

a) „während der gesetzlichen Schonzeit". Btr. derselben entscheiden die Landesgesetze; bezüglich derjenigen Wildgattungen, hinsichtlich welcher die Schußzeit gänzlich ausgeschlossen, ist die „Schonzeit" stets vorhanden; Oppenh. N. 3. Unkenntniß der Schonzeit schließt, auch wenn sie auf Rechtsirrthum beruht, nach § 59 (das. N. 2, 15_2) die Straferhöhung aus; so: ROHG. 20. Sept. 72 Entsch. 7 141 (btr. der Unkenntniß über die ausnahmsweise, auf Grund besonderer gesetzlicher Ermächtigung, stattfindende Richteröffnung oder Schließung der Jagd), H. Meyer S. 687 N. 16; aM.: Oppenh. N. 3, Dalcke Jagdr. S. 178, Wagner Jagdgesetzgbg. S. 189; eine Mittelmeinung vertritt Rüd.-St. N. 13. Dieser straferhöh. Umst. kann seiner Natur nach bei Fallwild nicht Platz greifen, da nach den Wildschongesetzen selbstverständlich nur von der Schonung lebenden Wildes die Rede sein kann; **RG.** III 16. Sept. 86 R. 8 540, I 14. Feb. 87 (s. o. N. 1); im übrigen kann von Anwendung dieses straferhöh. Umst. natürlich nur die Rede sein, wenn feststeht, auf welche Wildarten die Jagd ausgeübt wurde; erhellt nicht, daß die auf Verfolgung gerichtete Hdlg. einem Wilde galt, das z. Z. der That mit der Jagd zu verschonen war, so entfällt die Anwendung dieser Gesetzesbestimmung; doch genügt Feststllg. eines eventuellen Dolus; ob und inwieweit Idealkonk. (§ 73) mit der Zuwiderhdlg. gg. ein partikulares WildschonG. möglich ist, läßt sich nur an der Hand desselben entscheiden.

b) „in Wäldern". Es handelt sich hier namentl. um den Gegensatz zum übersichtlichen Terrain, wie Felder, Seeen ꝛc.; auch hier ist deshalb ein „abgeholzter Wald" als

„Wald" nicht mehr anzusehen (§ 117 N. 2ba); weiter geht noch Dalcke Jagdr. S. 177, der auch eine „mit ganz niedrigem Bestande bewachsene Fläche" nicht hierher rechnet.

c) „zur Nachtzeit". Wegen der Bedeutung dieses Ausdrucks vgl. § 243 N. 52, womit die GM. (hier auch einschließlich Geyer **2** 53 u. v. Liszt S. 466) übereinstimmt, insbs.: **RG.** III 5. Feb. 81, IV 27. Jan. 85, **R. 3** 12, **7** 56, ROHG. 19. Mai 79 Entsch. **25** 291, Dresden 14. Feb., München 21. Juli 76, St. **6** 365 f.; aM.: Meves § 296 N. 13 (Zeit, während welcher die Bewohner der btr. Gegend der nächtlichen Ruhe zu pflegen gewohnt sind), Oppenh. N. 4 (Zeit zwischen Sonnenuntergang u. -aufgang).

d) „gemeinschaftlich von Mehreren". Wegen „Mehrere" vgl. § 47 N. 1, wegen des Begriffs der „Gemeinschaftlichkeit" das. N. 8; demnach kann dieselbe dadurch nicht ausgeschlossen werden, daß der gemeinschaftlich mit einem Anderen Jagende nicht für sich, sondern nur für den letzteren okkupiren wollte; **RG.** I 16. Juni 81 E. **4** 261 (vgl. § 292 N. 113). Bedenklich erscheint aber die Ausführung von **RG.** 21. Sept. 86 **R. 8** 546, daß derj., der für seine Person vom Jagdberechtigten die Erlaubniß zum Jagen erhalten, sich als Mitthäter aus § 293 strafbar mache, wenn er die Jagd (sc. wissentlich) gemeinschaftlich mit einem Unberechtigten ausübe. Zur Annahme dieses Thatbestandsmerkmales genügt es auch nicht, wenn die mit dem Thäter gemeinschaftlich Jagenden die Jagdausübung irrthümlich für eine berechtigte hielten, somit nur objektiv unberechtigte gemeinschaftl. Jagdausübung vorliegt; so: **RG.** III 16. Apr. 88 E. **17** 403, Berlin 26. Juni 79 O. **20** 315, Oppenh. N. 5, Rüd.-St. N. 16, v. Schwarze N. 6.

5) Von einem Strafantrage ist die Verfolgung des qualifizirten Jagdverg. nicht abhängig gemacht; denn der Abs. 2 des § 292 bezieht sich nur auf das einfache Verg. aus Abs. 1 das. und gilt das § 123 N. 21 Bemerkte auch hier und zwar in erhöhtem Maße, da es um verschiedene §§. sich handelt. Der Umstand, daß der Thatbestand des qualifizirten Jagdverg. im § 293 nicht vollständig wiedergegeben, derselbe vielmehr im Anschluß an § 292 derartig formulirt ist, daß nur die straferhöh. Umst. hervorgehoben werden, kehrt im StGB. öfter wieder (vgl. z. B. § 243 N. 1) und beeinträchtigt die Selbständigkeit des qualifizirten Verg. sowenig wie der Umstand, daß die Straferhöhung nur eine fakultative ist. So: **RG.** I 23. Juni 81 E. **4** 330, Berlin OAG. u. OTr. konstant, z. B. 13. Sept., 7. Dez. 71, 20. Juni 72, München 29. Apr. 72, 24. Mai 75, Stuttgart 22. Jan., Jena 14. Aug. 73, St. **1** 53, 300, 306, 300, **5** 152, **2** 204, **3** 33, Berner S. 603, Binding **I** 608 N. 2 (auch weil die Antragsqualität im Zweifel stets zu verneinen sei), v. Liszt S. 466, v. Kirchmann § 292 N. 1, Herzog StRZ. **12** 615, Reber Antragsdel. S. 273, Ressel Antragsber. S. 27, Dalcke Jagdr. S. 179, Wagner Jagdgesetzgbg. S. 191, Ziebarth Forstr. S. 388. AM.: ROHG. 10. Jan. 73 Entsch. 8 367, Dresden 23. Sept. 72, Darmstadt 5. Mai 73, Stuttgart 10. Juni, 4. Nov. 74, St. **2** 125, 330, **4** 70, **5** 151, Geyer **1** 207, **2** 53, Merkel S. 335, HRl. „Wilddiebst." u. HH. **3** 840, H. Meyer S. 688, Schütze S. 505 N. 11, Schütze Anh. S. 22, Blum N. 3, Oppenh. N. 6, Puchelt N. 1, Rüd.-St. N. 12, v. Schwarze N. 1 u. G. **21** 61, Binder GS. **25** 122, Rissen StRZ. **13** 157.

6) Die Strafe ist nach Ermessen des Richters („kann ... erhöht werden") an Stelle der im § 292 angedrohten: wahlweise Geldstr. von 3—600 M. (§ 27) o. Gefängniß von 1 T.—6 Mt. (§ 16); jene kann, als „an erster Stelle" angedroht, gemäß § 28_2 (das. N. 6b) für den Nichtbeitreiblichkeitsfall auch in Haft umgewandelt werden; die ev. an die Stelle tretende Gefängnißstr. darf nach § 29_2 nicht mehr als 6 Mt. betragen. Wegen Einziehung vgl. § 295.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist **Strafk.** bzw. **SchöffenG.**; GVG. §§ 73^7, 75^{14}.

§. 294.

Wer unberechtigtes Jagen gewerbsmäßig betreibt, wird mit Gefängniß nicht unter drei Monaten bestraft; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte, sowie auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden.

PrStGB. § 276. Entw. I § 275, II § 290.

1) Die „Gewerbsmäßigkeit" (vgl. § 260 N. 2 — insbs. die das. citt. RG. 16. Okt. 80, 25. März 82, 24. Jan. 87 — sowie N. 4 ff.) bildet einen i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 straferhöh. Umst. des Jagdverg. und zwar sowohl des einfachen aus § 292 (vgl. namentl. N. 2—7) als auch des qualifizirten aus § 293. Da aber § 294 nicht unterscheidet, ob das „unberechtigte Jagen" ein einfaches oder qualifizirtes war, so kommt es beim gewerbsm. Jagen nur für die Strafzumessung in Betracht, ob dem Wilde mit Schlingen rc., zur Nachtzeit rc. nachgestellt wurde; RG. III 18. Juni 81 R. 3 415, Rüd.-St. N. 3, Dalcke Jagdr. S. 180, Wagner Jagdgesetzgbg. S. 192.

2) Ein Strafantrag ist hier keinesfalls erforderlich (vgl. § 293 N. 5); so die GM., insbs. Berlin 20. Juni 72 St. I 306.

3) Wegen Begünstigung eines gewerbsm. Jagdverg. vgl. das in N. 25 zum § 257 cit. RG. 29. Okt. 86.

4) Die Hauptstrafe ist Gefängniß von 3 Mt.—5 J. (§ 16). Als Nebenstrafe kann erkannt werden:

a. nach Satz 2 i. V. mit § 32 VbbER.;

b. ZulvPolAuff. (§§ 38 ff., insbs. § 38 N. 5).

Wegen Einziehung vgl. § 295.

5) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 295.

Neben der durch das Jagdvergehen verwirkten Strafe ist auf Einziehung des Gewehrs, des Jagdgeräths und der Hunde, welche der Thäter bei dem unberechtigten Jagen bei sich geführt hat, ingleichen der Schlingen, Netze, Fallen und anderen Vorrichtungen zu erkennen, ohne Unterschied, ob sie dem Verurtheilten gehören oder nicht.

PrStGB. § 277. Entw. I § 276, II § 291. Aktenst. Nr. 119 6. StB. S. 728—730.

1) Die im § 295 für alle Fälle der Jagdverg. aus §§ 292—294 (vgl. § 292 N. 1—13) vorgeschriebene „Einziehung" zeigt gegenüber der Einziehung, welche nach der allg. Vorschrift des § 40 zu erfolgen hat, zwei prinzipielle Abweichungen, von weniger bedeutenden abgesehen (N. 3). Dieselben bestehen darin, daß im § 295 die Einziehung der btr. Gegenstände vorgeschrieben ist einmal „ohne Unterschied, ob sie dem Verurtheilten gehören, oder nicht", dann aber durch die Worte „ist . . zu erkennen" obligatorisch; vgl. dagegen § 40 N. 5, 11. Nach der auch hier zutreffenden Ausführung in N. 1_2 zum § 41 ist der Strafcharakter der Einziehung auf Grund des § 295 zu verneinen; gegen denselben auch v. Liszt S. 252. AM. jedoch, außer Rüd.-St. N. 7 u. Francke G. 20 21, RG. I 7. Dez. 82 E. 7 311 (der Umstand, daß die Einziehung obligatorisch vorgeschrieben sei, lasse den Charakter der Einziehung als Strafe noch deutlicher hervortreten, als dies im § 40 der Fall sei, während andererseits die Vorschrift, daß auch Unschuldige von derselben sollen betroffen werden können, die Strafnatur weniger ersichtlich mache; immerhin liege jedoch im § 295 ein Anhaltspunkt dafür nicht vor, daß im Hinblick auf den bestraften Thäter die Konfiskation nicht als eine demselben zuerkannte wirkliche Strafe zu gelten habe), II 30. Apr. 86 R. 8 330 (die Einziehung sei jedenfalls da Strafe, wo der Gegenstand dem Angekl. festgestellter Maßen gehöre; aber auch, wo das nicht der Fall, könne in der Einziehung für ihn eine Strafe aus der Verantwortlichkeit dem Eigenthümer gegenüber entstehen).

2) Als Gegenstände der Einziehung bezeichnet § 295 „das Gewehr, das Jagdgeräth und die Hunde, welche der Thäter bei dem unberechtigten Jagen bei sich geführt hat, ingleichen die Schlingen, Netze, Fallen und andere Vorrichtungen". Letztere Worte bedürfen offenbar einer Ergänzung; es fragt sich nämlich, ob solche „Vorrichtungen" gemeint seien, welche der Thäter zur unberechtigten Jagdausübung durch Aufstellen der Fallen rc. gebraucht hat (Oppenh. N. 2), oder solche, welche er „bei

sich führte" (vgl. deshalb § 123 N. 25₂); erwägt man, daß die Netze ꝛc. auch zum „Jagdgeräth" (N. 3d) gehören, also schon nach dem ersten Theile der Vorschrift der Einziehung im Falle der Beisichführung seitens des Thäters unterliegen, so erscheint die erstere Auffassung als die richtigere (vgl. auch **RG.** II 22. Mai 91 **E.** 22 15), und würde sonach, da es alsdann um Gegenstände sich handelt, „welche zur Begehung eines vorsätzlichen Vorgehens gebraucht sind," die Besonderheit gegenüber der allg. Vorschrift des § 40 in den o. N. 1 hervorgehobenen beiden Punkten bestehen.

Gegenstand der Einziehung ist natürlich nicht das erlegte Wild, da dasselbe auch durch die seitens des Wilderers ausgeführte Okkupation dem Jagdberechtigten erworben wird.

3 a) Bezüglich „des Gewehrs, des Jagdgeräths und der Hunde" bedingt schon die bloße Thatsache, daß „der Thäter dieselben bei dem unberechtigten Jagen bei sich geführt hat", die Einziehung, ohne daß es, wie im Falle des § 40 (das. N. 9), nöthig ist, daß die Gegenstände „zur Begehung des Jagdvergehens gebraucht oder bestimmt sind"; selbst die Feststellung des Gegentheils schließt die Einziehung nicht aus; **RG.** III 6. Dez. 79, II 19. Juni 85, **E.** **1** 28, **12** 305, Geyer **2** 53, v. Liszt S. 467.

b) Der Thatumstand „bei dem unberechtigten Jagen" trifft auch dann noch zu, wenn dasselbe nach der juristischen Vollendung noch fortgesetzt wird, wie z. B. durch Okkupation des Wildes o. durch Fortschaffung mittels Handschlittens (vgl. § 243 N. 45), solange nur die Okkupation noch nicht vollendet ist, was jedenfalls mit dem Verbringen des unberechtigt erlegten Wildes auf das eigene Jagdrevier des Thäters anzunehmen ist; **RG.** II 15. Okt. 87 **R.** **9** 502. Deshalb konnte zwar das cit. **RG.** 19. Juni 85 (gg. dasselbe jedoch Dalcke Jagdr. S. 187 N. 1) das Vorliegen des Thatumstandes in einem Falle bejahen, wo der Thäter mit dem erlegten Wilde noch auf fremdem Jagdreviere sich befand, während die Anwendung des § 295 mit Recht in Fällen verneint ist, wo der Thäter das Gewehr ꝛc. vor Beginn der verbotenen Jagdfolge (§ 292 N. 81) zurückließ und erst nach Rückkehr auf sein eigenes Revier wieder an sich nahm; cit. **RG.** 15. Okt. 87, Berlin 26. Sept. 73 **St.** **3** 138. Anders liegt der Fall, wenn der mit Gewehr versehene Jagdfrevler seinen Hund über die Grenze schickt, um das jenseits derselben liegende Wild zu okkupiren; dann ist auch das Gewehr einzuziehen; Breslau (OLG.) 4. Juli 90 **G.** **38** 363.

c) Daraus, daß das Gesetz den Ausdruck „Thäter" braucht, ist von Oppenh. N. 3 u. v. Schwarze N. 4 gefolgert worden, daß die Einziehung nicht auszusprechen sei, wenn ein „Gehülfe" das Gewehr ꝛc. bei sich führte. Allein zu Unrecht; denn mit „Thäter" hat, wie häufig (vgl. z. B. §§ 51, 52), nur derjenige bezeichnet werden sollen, welcher das Jagdverg. verübte, gleichgültig in welcher Art der Betheiligung; es sprechen hierfür namentl. auch die Eingangsworte des § 295; so: Rüd.-St. N. 3, Dalcke aO. S. 189.

d) Als „Jagdgeräth" sind nur solche Geräthschaften, also, wie sich insbs. aus der Benennung der „Hunde" neben dem Jagdg. ergiebt, keine lebenden Thiere, anzusehen, welche nach ihrer Beschaffenheit an sich zur Verwendung bei der Jagd geeignet und dazu auch dauernd bestimmt sind; **RG.** II 22. Mai 91 **E.** **22** 15 (abweichend früher das auch von Oppenh. N. 1a für bedenklich erachtete cit. II 19. Juni 85). Fuhrwerke (Wagen, Schlitten) können hiernach auf Grund des § 295 nur unter besonderen Voraussetzungen, nämlich bei spezieller Einrichtung zur Verwendung bei Jagden, eingezogen werden, lebende Transportmittel (Pferde ꝛc.) aber garnicht; s. jedoch u. N. 5.

e) Uebrigens involvirt die Feststellung, daß der „Thäter ein Gewehr ꝛc. bei dem unberechtigten Jagen bei sich geführt hat", eine die Schuldfrage btr. Entscheidung, und zwar ist sie „dem Angeklagten nachtheilig", wenn auch der einzuziehende Gegenstand ihm nicht eigenthümlich gehört, da er dann ersatzpflichtig wird; es hat deshalb StPO. § 262 Anwendung zu finden. Folgeweise ist im schwurgerichtl. Verfahren die Entscheidung durch die Geschworenen zu treffen; Berlin 22. Juni 78 St. 8 157.

4) Die Pflicht zur Einziehung ist eine unbedingte (§ 40 N. 5); ohne jede Beschränkung erstreckt sie sich auf die im § 295 bezeichneten Gegenstände; so: **RG.** III 6. Dez. 79, I 7. Feb. 84, II 19. Juni 85, **E.** **1** 28, **10** 139, **12** 305 (letzteres zieht die Konsequenz, daß bei gemeinschaftl. Begehung auch das Gewehr, welches etwa ein dritter nicht ermittelter Mitthäter

bei sich geführt, bzw. der Hund, der etwa mit ihm gelaufen, eingezogen werden müsse); aM. Blum N. 2, der von der Einziehung absehen will, wenn der Thäter eines fremden Gewehrs ohne Einwilligung des Eigenthümers sich bediente.

Namentl. ist die Einziehung auch dann auszusprechen, wenn der Thäter die Gegenstände nur auf eigenem Jagdgebiete (§ 292 N. 8) bei sich führte; RG. I 16. Juni 81 E. **4** 261. Die Konsequenz führt ferner, wie bereits der Abg. Götz (StB. S. 729) hervorhob, wenigstens scheinbar (vgl. jedoch N. 1 wg. der polizeilichen Natur der Einziehung), dahin, daß sogar die dem verletzten Jagdberechtigten selbst gehörenden Gegenstände eingezogen werden müssen, wenn die Voraussetzungen des § 295 vorliegen; so auch Rüd.-St. N. 1. Mit Recht hat jedoch RG. I 2. Juli 88 E. **13** 43 diese Konsequenz für den Fall verneint, daß andere positive Gesetzesvorschriften, wie namentl. StPO. § 111, die Berücksichtigung der Rechte eines unbetheiligten Dritten ausdrücklich gebieten; so Köbner Einziehung S. 35 N. 1; aM.: v. Liszt S. 467 N. 3, N. im Jahrb. der PrForst- u. Jagd-Gesetzbg. u. -Verwaltung **21** 14.

Ist die Einziehung aus § 295 keine Strafe (N. 1), so kann folglich § 59 keine Anwendung finden und hat die Einziehung auch bei Unkenntniß des Thäters davon, daß er den btr. Gegenstand bei sich führte, zu erfolgen; Rubo N. 4.

Das Aussprechen der Einziehung ist endlich weder durch vorgängige Beschlagnahme des Gegenstandes noch durch die Zweifellosigkeit der späteren Vollstreckbarkeit bedingt; RG. I 17. Feb. 81 R. **3** 56. Demnach ist die Einziehung des Gewehrs auszusprechen, sobald die Thatsache festgestellt ist, daß bei der fraglichen Gelegenheit von einem der Thäter auf Wild geschossen ist; so cit. RG. 19. Juni 85.

5) Die Anwendung des § 40 neben dem § 295, z. B. für den Fall, daß Gegenstände zur Begehung des Jagdverg. bestimmt waren, vom Thäter aber nicht bei sich geführt wurden, ist keineswegs ausgeschlossen; RG. II 19. Juni 85, 22. Mai 91, E. **12** 305, **22** 15, Merkel HH. **3** 841, Oppenh. N. 8, Puchelt N. 1, Rubo §§ 292 N. 12, 293 N. 8, v. Schwarze N. 4.

Die Anwendung des § 42 (das. N. 9) wird durch § 295 ebensowenig ausgeschlossen; Berlin 23. Nov. 76 St. **7** 3, Oppenh. N. 8, Puchelt N. 1, Rüd.-St. N. 4, Rubo N. 5, v. Schwarze N. 6, Dalcke Jagdr. S. 189, Wagner Jagdgesetzgbg. S. 195. Dagegen kann nicht etwa ein objektives Verfahren auf Grund des § 295 stattfinden, da dessen Voraussetzung „eine verwirkte Strafe" ist; so richtig Wagner aO. S. 196; aM. anscheinend Ziebarth Forstr. S. 389.

6) Im Falle einer Idealkonk. kommt § 293 zur Anwendung, auch wenn die Strafe nicht wegen Jagdvergehens verhängt wird, so z. B. bei Idealkonk. der §§ 292 f. mit § 230; vgl. dieserhalb § 73 N. 32_2; aM. RG. II 30. Apr. 86 R. **8** 330 (wegen des angeblichen Strafcharakters; o. N. 1).

7) Ueber das prozessualische Verfahren für den Fall, daß der Angeklagte nicht Eigenthümer des einzuziehenden Gegenstandes ist, vgl. § 40 N. 11_2.

§. 296.

Wer zur Nachtzeit, bei Fackellicht oder unter Anwendung schädlicher oder explodirender Stoffe unberechtigt fischt oder krebst, wird mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark oder mit Gefängniß bis zu sechs Monaten bestraft.

PrStGB. (fehlt). Entw. I, II (fehlt). Aktenst. Nr. 182 43. StB. S. 730—732, 1175. Entw. d. StGN. Art. I § 296. Aktenst. 1875/76 Nr. 54, 145, 150 3, 157 1. StB. 1875/76 S. 828—830.

Zu §§ 296, 370⁴. N. 1—6.

1) Die §§ 296, 370⁴ regeln die Materie der strafb. Verletzung fremden Fischereirechts, während die Vorschriften über strafb. Verletzungen der Fischereipolizeigesetze nach EG. § 2_2 in Kraft geblieben sind (vgl. § 292 N. 2). Ueber die Verletzung fremder Okkupationsrechte überhaupt u. die Tragweite der strafrechtl. Bestimmungen vgl. § 292 N. 1.

2) Hinsichtlich der Entstehungsgeschichte ist hervorzuheben: Im wörtlichen Anschluß an § 273_1 des PrStGB. enthielt § 292 des Entw. II des RStGB. nur eine Strafandrohung gegen denjenigen, der „unberechtigt fischt oder krebst". Diese wurde demnächst als Nr. 4

in den § 370 eingestellt, weil nach den Beschlüssen des RT. für das einfache Delikt eine Uebertretungsstrafe ausreichend erschien, während ein qualifizirtes, als Verg. sich darstellendes Delikt den Inhalt eines besonderen §. bildete. Bei Aufstellung des Thatbestandes dieses, lediglich auf den Beschlüssen des RT. beruhenden § 296 schloß man dem Wortlaute des Entw. II § 292 und somit auch des PrStGB. § 273 insofern sich an, als die Wendung „Wer unberechtigt fischt oder krebst" beibehalten wurde. Nach den Bestimmungen des Pr. ALR. I 9 §§ 170 ff. umfaßt das, durch jene Vorschrift des PrStGB. zu schützende, Fischereirecht das Krebsen mit; zweifellos ergeben die §§ 170—175 aO., daß Krebse ebenfalls „Gegenstand der Fischereigerechtigkt." sind, obgleich sie ausdrücklich nicht genannt werden. Dagegen lautet § 190 das. „Wer ohne Recht o. Erlaubniß fischt u. krebst, verliert rc." Offenbar an den Wortlaut dieser Bestimmung lehnt § 273 PrStGB. sich an; neben dem Fang von Fischen wird desjenigen von Krebsen besonders gedacht, weil letztere als die wichtigsten Repräsentanten derjenigen „Gegenstände der Fischerei" angesehen wurden, die nicht zu den „Fischen" i. e. S. gehören. Dem Wortlaut des PrStGB. § 273 sind wiederum Entw. II § 292 sowie die §§ 296, 370⁴ des RStGB. selbst gefolgt. Vgl. auch **RG.** II 21. Feb. 88 E. **17** 161.

3) Der Begriff des Fischens umfaßt, entsprechend dem des Jagens (§ 292 N. 4), neben der Okkupation selbst alle Hdlgen, durch welche man Fische aufsucht, verfolgt o. ihnen nachstellt, um sie zu erlangen, einzufangen o. sonst in Besitz zu nehmen, ohne Rücksicht auf die Zweckdienlichkeit der Hdlg.; der Mangel eines Erfolges drückt die Hdlg. keineswegs zum Versuch herunter; so die GM., insbs. **RG.** II 7. Feb. 82, III 7. Nov. 87, R. **4** 132, **9** 563.

4) Gegenstand des „Fischens" sind nicht blos die unter den Gattungsnamen „Fische" fallenden Thiere, sondern alle Thiere, welche Gegenstand der Fischereiberechtigung sind, um deren Verletzung es sich handelt. Deshalb ist, während im Einzelfalle das maßgebende Landesrecht entscheidet, doch im allg. anzuerkennen, daß namentl. auch Krebse (N. 1) sowie Austern, Perlmuscheln rc. als Objekte der Fischerei in Betracht kommen können; so: **RG.** II 21. Feb. 88 E. **17** 161, München 12. Feb. 75, 6. Juli 77, St. **5** 187, **7** 309, Geyer **2** 53, v. Liszt S. 467, v. Schwarze § 370⁴ (vgl. jedoch auch § 296 N. 7); aM.: Meves N. 11, v. Kirchmann N. 1, Oppenh. N. 2, welche nur diejenigen Thiere hierher rechnen, die zur Gattung der Fische o. Krebse gehören; auch Hälschner **2** 342, 344 scheint mit „Fischen" i. S. der §§ 296, 370⁴ einen engeren Begriff zu verbinden.

5) Auch betreffs der objektiven Berechtigung zur Ausübung der Fischerei entscheidet das Landesrecht bzw. die in Gemäßheit desselben geschlossenen Verträge rc. Verneint wurde die Berechtigung des Fischenden in einem Falle, wo derselbe vertragsmäßig verpflichtet war, der Gutsherrschaft Dienste zur Ausübung der Fischereigerechtigkeit, insbs. auch durch Fischen, zu leisten, dagegen weder ein vertragsmäßiges noch sonstiges Recht, für sich u. seinen Nutzen zu fischen, hatte; **RG.** III 10. Dez. 85 E. **13** 195.

6) Die Verletzung des fremden Fischereirechtes muß eine vorsätzliche (§ 292 N. 10) u. deshalb von dem Bewußtsein der Nichtberechtigung getragen sein; so Meves N. 12; aM. Bruck Fahrlässigkt. S. 50, der fahrl. Begehung für strafbar hält.

Zu § 296. N. 7—9.

7) Das einfache, nur als Uebertr. strafb. Fischereidelikt (§ 370⁴) gestaltet sich zum qualifizirten durch Hinzutritt eines der im § 296 vorgesehenen straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295. Straferhöhend wirkt die Begehung der That:

a. „zur Nachtzeit"; vgl. § 293 N. 4c und damit übereinstimmend Staudinger Fischereischutz S. 22 f., der weiter zutreffend ausführt, daß jener Umstand auch vorliege, wenn das Einlegen von Legangeln oder Netzen nach Einbruch der Dunkelheit erfolge, gleichviel wann sie herausgenommen würden, dsgl., wenn bei Tage gelegte Angeln zur Nachtzeit herausgenommen würden, nicht aber, wenn sowohl die Einlegung als auch die Herausnahme bei Tage erfolge, und die Angeln lediglich während der Nachtzeit im Wasser belassen würden;

b. „bei Fackellicht"; es ist dieses „der allgemeine Ausdruck für mehr oder weniger große flackernde und unverwahrte Flammen"; so v. Schwarze N. 5 u. Meves N. 14, der

jedoch noch als „Nebenbegriff" hinstellt, daß „der brennende Stoff von Menschenhänden getragen" werde;

c. „unter Anwendung schädlicher oder explodirender Stoffe"; vgl. Pr. FischereiG. v. 30. Mai 1874 § 21, welches beim Verbot der Anwendung schädlicher oder explodirender Stoffe in Parenthese bemerkt: „(giftiger Köder oder Mittel zur Betäubung oder Vernichtung der Fische, Sprengpatronen oder anderer Sprengmittel)". Ein Stoff ist:

α. „schädlich", wenn derselbe vergiftend, vernichtend oder auch nur betäubend wirkt, während eine schädliche Wirkung für die Menschen, welche mit solchen Mitteln gefangene Fische genießen, nicht erfordert wird (Staudinger aO. S. 23, Meves N. 15);

β. „explodirend" (auch §§ 311 N. 1, 367[4,5]), wenn durch eine Entzündung desselben eine gewaltsame und plötzliche, meist von einem Knall begleitete, Ausdehnung elastischer Flüssigkeiten oder Gase herbeigeführt wird; ähnlich Meves § 367[5] N. 4; entsprechend schließt auch **RG.** I 21. Jan. 92 E. **22** 304 (speziell btr. § 311) Wasserdämpfe von den explodirenden Stoffen aus; nicht richtig deshalb Rubo N. 3, der alle mit einem Knall zerspringenden, zerplatzenden Stoffe als explodirende ansieht. Vgl. übrigens auch EisenbahnbetriebsRegl. v. 13. Juni 1880 § 48.

8) Diese eben gedachte Alternative des Fischens unter Anwendung explodirender Stoffe fällt nicht gleichzeitig unter das SprengstoffG.; denn § 296 bezweckt den Schutz des Berechtigten gegen Eingriffe in sein Okkupationsrecht durch unbefugte Aneignung, dieses aber den Schutz gegen die gemeingefährliche Beschädigg. o. Vernichtung fremden Eigenthums; **RG.** IV 22. Jan. 86 E. **13** 305 u. auch schon 23. Okt. 85 R. **7** 611.

9) Die Strafe ist wahlweise Geldstr. von 3—600 M. (§ 27) o. Gefängniß von 1 T. bis 6 Mt. (§ 16); jene kann, als „an erster Stelle" angedroht, gemäß § 28_2 (das. N. 6b) für den Nichtbeitreiblichkeitsfall auch in Haft umgewandelt werden; die ev. an die Stelle tretende Gefängnißstr. darf nach § 29_2 nicht mehr als 6 Mt. betragen.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist **Strafk.** bzw. **SchöffenG.**; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 296a.

Ausländer, welche in Deutschen Küstengewässern unbefugt fischen, werden mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark oder mit Gefängniß bis zu sechs Monaten bestraft.

Neben der Geld- oder Gefängnißstrafe ist auf Einziehung der Fanggeräthe, welche der Thäter bei dem unbefugten Fischen bei sich geführt hat, ingleichen der in dem Fahrzeuge enthaltenen Fische zu erkennen, ohne Unterschied, ob die Fanggeräthe und Fische dem Verurtheilten gehören oder nicht.

PrStGB. (fehlt). Entw. I, II (fehlt).

Entw. d. StGN. Art. II § 296a. Aktenst. 1875/76 Nr. 54. StB. 1875/76 S. 1016.

1) Der § 296a (vgl. § 292 N. 1) handelt nicht, wie die §§ 370[4], 296, von der strafbaren Verletzung eines fremden Fischereirechtes (§ 296 N. 1), sondern vielmehr von der Strafbarkeit „unbefugter" (N. 5) Fischerei (N. 3) und zwar von Seiten der „Ausländer" (N. 2) in „Deutschen Küstengewässern" (N. 4).

Wie die Motive zum Entw. d. StGN. Art. II § 296a bemerken, „gehört es nach den Grundsätzen des Völkerr. unzweifelhaft zu den Befugnissen des Küstenstaates, die Benutzung der Küstengewässer insbs. auch in Betreff der Fischerei zu regeln, dieselbe den Inländern vorzubehalten und Ausländer vom Fischen in diesen Gewässern auszuschließen"; so auch: Heffter-Geffcken Völkerr. § 75, Bluntschli Völkerr. § 310. Diese Auffassung hat Bestätigung gefunden durch Art. 2 des Internat. V. v. 6. Mai 1882 btr. die polizeil. Regelung der Fischerei i. d. Nordsee außerhalb der Küstengewässer (RGBl. v. 1884 S. 25 ff.). Die Strafbestimmung des § 296a erschien erforderlich, um der Beeinträchtigung deutscher Fischer „durch Uebergriffe ausländischer Fischer innerhalb der deutschen Hoheitsgrenze" wirksam entgegen treten zu können.

2) Subjekt des Verg. kann ausnahmsweise (vgl. § 3 N. 19bβ) nur ein Ausländer (§ 8 N. 3a) sein; jedoch gilt dieses nur von dem „Thäter" im e. S., während nach den Grundsätzen über Theilnahme an einem delictum proprium (§§ 48 N. 20, 49 N. 20) ein Inländer „Anstifter" oder „Gehülfe" sein kann; so: Hälschner 2 344, H. Meyer S. 549, Meves N. 2a, Oppenh. N. 2, v. Schwarze N. 1. Handeln ein Inländer und ein Ausländer gemeinsam als „Mitthäter" (§ 47), so kann jener aus § 296a nur insofern bestraft werden, als seine Thätigkeit zugleich als Anstiftung oder Beihülfe sich darstellt.

Wo der „Ausländer" seinen Wohnsitz hat, ist gleichgültig; deshalb kann auch ein in D. wohnhafter Ausländer gegen § 296a verstoßen; so: Hälschner 2 343 N. 6, H. Meyer, Oppenh. aO., Rüd.-St. N. 2; aM. Meves N. 2a. Richtig ist aber, daß ein im Dienste eines Inländers stehender und in dessen Auftrage die Fischerei ausübender Ausländer aus § 296a sich nicht strafbar macht; denn da die Bestimmung den Schutz der Fischerei der Inländer bezweckt (N. 1), so richtet sie sich nur gegen die im eigenen Interesse fischenden Ausländer (vgl. auch u. N. 5); Hälschner 2 344, Meves, Oppenh., Rüd.-St. aO.

3) Was Gegenstand der Fischerei (über deren Begriff vgl. § 296 N. 3) sei, wird sich auch im Falle des § 296a nach dem Landesrechte des btr. Küstenstaates richten (§ 296 N. 4); das scheint auch die Ansicht von v. Liszt S. 467 u. Meves N. 2c zu sein, während abweichend einerseits Hälschner 2 344, Oppenh. N. 3 u. v. Schwarze N. 3 Fischen hier, ohne Rücksicht auf das Landesrecht, in einem weiteren, auf das Fangen aller nutzbaren Wasserthiere sich erstreckenden Sinne verstehen, ähnlich Geyer 2 53, umgekehrt aber Schütze Anh. S. 22 N. 3 das unbefugte Krebsen nicht hierher rechnet, weil solches, wo es strafbar, im StGB. neben dem Fischen genannt sei (vgl. jedoch § 296 N. 2).

4) Das unbefugte Fischen „in Deuschen Küstengewässern" wird mit Strafe bedroht. Letztere (vgl. auch § 145) stehen im Gegensatze einerseits zur „offenen See" (§ 250 N. 3d), andererseits zu den „Binnengewässern" und bilden demnach denjenigen, die Küsten eines nach der See sich abgrenzenden Staates berührenden, Theil des Meeres, welcher „innerhalb der Hoheitsgrenze" dieses Staates liegt (N. 1 aE. sowie § 3 N. 12). So im wesentlichen: Hälschner 2 343, Schütze Anh. S. 22, Oppenh. N. 4, Rubo N. 3, Rüd.-St. N. 4, v. Schwarze N. 2. AM. Meves N. 2b insofern, als er den durch Landesgesetze (z. B. für Pr. durch das FischereiG. v. 30. Mai 1874) bestimmten Umfang der Küstenfischerei denjenigen der Küstengewässer bedingend erachtet und nur ev. die völkerrechtl. Grundsätze über die Erstreckung des Staatsgebietes in das Meer entscheiden lassen will.

5) Das „unbefugte Fischen" der Ausländer in D. Küstengewässern ist strafbar. Durch den Ausdruck „unbefugt" wird hier zutreffend angedeutet, daß es nicht um den Eingriff in „fremde Fischereirechte" sich handelt, sondern vielmehr lediglich um die Verletzungen der, als Ausfluß des Staatshoheitsrechtes sich darstellenden, Befugniß der Regelung der Benutzung der Küstengewässer und zwar in der speziellen Richtung der Fischerei (s. o. N. 1). Das seitens eines Ausländers in D. Küstengewässern vorgenommene Fischen ist niemals ein „unberechtigtes", weil Niemand ein ausschließliches Privatrecht zum Betriebe der Fischerei daselbst besitzt, wohl aber ein „unbefugtes", sobald und soweit dasselbe mit einem seitens des D. Reichs erlassenen Verbote sich in Widerspruch setzt. So Merkel HH. 4 462. AM.: Schütze Anh. S. 22, Meves N. 2d, Rüd.-St. N. 5, welche „unbefugt" mit „unberechtigt" identifiziren (vgl. auch § 123 N. 14); eben darauf beruht die irrige Ansicht von v. Schwarze N. 1, wonach „inländische Fischer unter §§ 296, 370[4] fallen".

Eine positive gemeinrechtliche Norm, welche den Ausländern das Fischen in D. Küstengewässern verbietet, existirt nicht; Merkel aO. will deshalb „die Frage nach dem Rechte des betreffenden D. Küstenlandes beantworten". Diese Ansicht erscheint jedoch nicht zutreffend; denn ein ausdrückliches Verbot ist nicht erforderlich, vielmehr ist schon nach völkerrechtl. Grundsatze „die Fischerei in den Küstengewässern dem Staatsangehörigen vorbehalten, soweit nicht ausdrückliche Ausnahmen gemacht sind" (N. 1); Heffter-Geffcken Völkerr. § 75 N. 6. Jedenfalls würde man auch schon in dem Erlasse des § 296a selbst einen Ausdruck dafür finden können, daß die D. Küstengewässer für die Fischerei dem Inländer vorbehalten sein sollen (vgl. Harburger Inland S. 22); so: Hälschner 2 343, H. Meyer S. 689, Meves u.

Rüd.-St. aO., insofern sie zur Anwendung des § 296a ein besonderes Verbot nicht für erforderlich erachten; aM. Oppenh. N. 5.

6) Die unbefugte Fischereiausübung muß eine vorsätzliche sein; Oppenh. N. 6; die gegentheilige Annahme von Merkel HH. 4 463 tritt mit der Redaktionsmethode des StGB. in vollen Widerspruch (vgl. Th. I Abschn. 4 N. 4).

Der Dolus besteht nach den vorhergehenden Ausführungen in dem bewußt unbefugten Fischen eines Ausländers in D. Küstengewässern; im speziellen sind sonach erforderlich das Bewußtsein von der Eigenschaft als Ausländer (das z. B. bei einem im Inl. wohnhaften Ausländer unter Umständen wird fehlen können), das Bewußtsein davon, daß das Fischen innerhalb eines D. Küstengewässers stattfinde, endlich dasjenige von der mangelnden Befugniß, d. h. also daß dem Ausländer das Fischen in D. Küstengewässern verboten sei.

7) Die Strafe ist wahlweise Geldstr. von 3—600 M. (§ 27) o. Gefängniß von 1 T. bis 6 Mt. (§ 16); jene kann, als „an erster Stelle" angedroht, gemäß § 28_2 (das. N. 6b) für den Nichtbeitreiblichkeitsfall auch in Haft umgewandelt werden; die ev. an die Stelle tretende Gefängnißstr. darf nach § 29_2 nicht mehr als 6 Mt. betragen.

Wegen der im Abs. 2 obligatorisch (nicht, wie Schütze Anh. S. 22 annimmt, fakultativ) vorgeschriebenen polizeilichen Maßregel sind die Noten zum vorbildlichen § 295 zu vergleichen.

Als Gegenstände der Einziehung werden jedoch neben den „Fanggeräthen, welche der Thäter bei dem unbefugten Fischen bei sich geführt hat" (§ 295 N. 3), die übrigens ohne Rücksicht auf ihre Brauchbarkeit zur Seefischerei der Einziehung unterliegen (so Köbner Einziehung S. 19; aM. Meves N. 4), auch „die in dem Fahrzeuge enthaltenen Fische" genannt. Während im § 295 sowenig wie im § 296 eine entsprechende Vorschrift offenbar deshalb nicht gegeben ist, weil dadurch der Jagd- bzw. Fischereiberechtigte selbst beeinträchtigt werden würde, ist im § 296a, wo es um die Verletzung eines Privatrechtes sich überhaupt nicht handelt, jene Bestimmung getroffen, da nach § 40 die Einziehung der Fische nicht würde geschehen können; denn sie sind durch das Verg. nicht „hervorgebracht" (§ 40 N. 8).

Uebrigens werden auch hier „Fische" nicht i. e. S. zu verstehen sein, sondern in dem allgemeineren (N. 3); vgl. RG. II 21. Feb. 88 E. 17 161, welches die Frage berührt, ohne sie zu entscheiden.

Auch hier kann die Anwendung der §§ 40, 42 neben dem Abs. 2 des § 296a nicht zweifelhaft sein (§ 295 N. 5); deshalb unterliegen auch die zum Fangen gebrauchten Fahrzeuge (welche H. Meyer S. 444 N. 5 zu den „Fanggeräthen" rechnet; vgl. jedoch § 295 N. 3d) der Einziehung; aM.: Oppenh. N. 7, Meves N. 4.

8) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. §§ 73^1, 75^{14}.

§. 297.

Ein Reisender oder Schiffsmann, welcher ohne Vorwissen des Schiffers, ingleichen ein Schiffer, welcher ohne Vorwissen des Rheders Gegenstände an Bord nimmt, welche das Schiff oder die Ladung gefährden, indem sie die Beschlagnahme oder Einziehung des Schiffes oder der Ladung veranlassen können, wird mit Geldstrafe bis zu eintausendfünfhundert Mark oder mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft.

PrStGB. § 278. Entw. I § 277, II § 293.

1) Subjekt des Gefährdungsdeliktes aus § 297 ist „ein Reisender oder Schiffsmann" oder auch „ein Schiffer".

Die Schiffsbesatzung, im Gegensatz zu den „Reisenden", bilden alle auf einem Schiffe angestellten Personen; HGB. Art. 445. Zu ihr gehören insbs.:

a. der „Schiffer" (oder Schiffskapitän), d. h. der „Führer des Schiffes", in Ermangelung oder Verhinderung desselben sein Stellvertreter; HGB. Art. 478, SeemannsO. § 2;

b. die „Schiffsmannschaft", d. h. die im Dienste des Schiffs angestellten Seefahrer, namentl. auch die Schiffsoffiziere, jedoch mit Ausschluß des Schiffers; SeemannsO. § 3, Beseler DPrivatr. 4. Aufl. S. 1198. Im weiteren S. gehören jedoch zur Schiffsmannschaft auch die übrigen „auf einem Schiffe angestellten Personen"; vgl. SeemannsO. § 3_2, welche, wie früher HGB. Art. 554, in Ansehung der daselbst festgesetzten Rechte und Pflichten jene Personen der Schiffsmannschaft gleichstellt. Diese weitere Bedeutung des Wortes ist namentl. auch im Falle des § 297 anzunehmen, da sonst eine Lücke vorliegen würde. So die GM., insbs. Berlin 27. März 78 St. 8 277. AM.: Meves StRZ. **13** 389 (btr. des § 298), Rubo N. 2.

Somit kann jede das Schiff benutzende Person, mit Ausnahme des Rheders, Subjekt des Verg. sein, ja selbst ein Mitrheder, wenn er ohne Vorwissen der übrigen Mitrheder handelt, dagegen nicht der Befrachter; Meves aO. S. 398.

2) Objekt der Gefährdung sind „das Schiff oder die Ladung".

Unter „Schiff" ist lediglich ein „Seeschiff" zu verstehen, was nicht nur der der Seeschifffahrt entnommene technische Ausdruck „Rheder" (N. 4), sondern namentl. auch die Entstehungsgeschichte ergiebt. Abgesehen von der auf dem Lübeck'schen StGB. v. 20. Juli 1863 § 233 beruhenden Hinzufügung des Wortes „Ladung" (vgl. deshalb § 265 N. 2a) ist § 297 dem PrStGB. § 278 nachgebildet, welcher — seinerseits aus dem durch das PrALR. außer Kraft gesetzten PrSeerecht Art. 31 Kap. 4 entnommen — „im Interesse des handeltreibenden Publikums in See- u. Hafenstädten" für nothwendig erachtet wurde; Goltd. Mat. **2** 624, Beseler PrStGB. S. 517. Dazu kommt, daß das Frachtgeschäft auf Binnengewässern lediglich den Vorschriften des HGB. über das Frachtgeschäft folgt.

3) Die „Gefährdung" selbst ist eine durch sog. Kontrebande herbeigeführte; denn „an Bord genommene Gegenstände" müssen „das Schiff oder die Ladung" in der Weise gefährden, daß sie „die Beschlagnahme oder Einziehung" des einen oder anderen veranlassen können. Dabei hat das Gesetz sowohl die Zoll- wie die Kriegsgesetze — des Inlandes und Auslandes — im Auge, so daß es um „Zoll- und Kriegskontrebande" sich handelt, indem alle Gegenstände in Betracht kommen, deren Einfuhr in irgend einen der vom Schiffe zu berührenden Hafenplätze überhaupt verboten oder einem Zoll unterworfen ist; Meves StRZ. **13** 399.

Die Gefährdung (vgl. § 52 N. 7) ist hier also ganz konkret bestimmt, derartig daß namentl. auch die bloße Möglichkeit einer die freie Verfügung über Schiff oder Ladung hindernden, provisorischen oder dauernden, behördlichen Maßregel als Gefährdung sich darstellt.

4) Die „Anbordnahme" der Kontrebande muß geschehen: seitens eines Reisenden oder Schiffsmannes „ohne Vorwissen des Schiffers", seitens des Schiffers „ohne Vorwissen des Rheders", d. h. des „Eigenthümers eines ihm zum Erwerb durch Seeschifffahrt dienenden Schiffes" (HGB. Art. 450).

Wegen „ohne Vorwissen" (§ 367[1]) vgl. die ähnliche Wendung im § 220 (das. N. 2). Eine besondere Heimlichkeit oder ein Verbergen der Gegenstände beim Hinaufschaffen ist nicht erforderlich; es genügt, wenn dem Schiffer (Rheder) nicht die Möglichkeit gewährt wird, ihre Zollpflichtigkeit bzw. ihre Qualität gegenüber dem Verbotsgesetze zu prüfen; so Meves StRZ. **13** 399, ähnlich v. Schwarze N. 2a. Demnach kann nicht zweifelhaft sein, daß, wenn die Anbordnahme „mit Wissen" des Schiffers erfolgt, jenes negative Moment ausgeschlossen ist.

5) Wird die Kontrebande im Inlande an Bord eines Handelsschiffes genommen, so wird § 297 anwendbar, ohne daß es auf die Nationalität des Schiffes ankommt; so Oppenh. N. 4, der aber den unrichtigen Satz aufstellt, daß „inländische Schiffe" auch „auswärts als Inland" gelten; vgl. vielmehr o. § 3 N. 13.

6) Die Hdlg. muß eine vorsätzliche sein, wenn sie unter § 297 fallen soll (vgl. § 296a N. 6); so die GM.; aM. v. Kirchmann N. 1, der mit Rücksicht auf die polizeil. Natur des § 297 auch schon „grobe Fahrlässigkeit" für genügend erachtet, ferner auch Hälschner **1** 325, es sei weder ausdrücklich dolus noch culpa erforderlich (vgl. jedoch die nähere

Erläuterung das. 2 396 f.), endlich Bruck Fahrlssigkt. S. 49, das Verg. sei der fahrl. Begehung fähig.

Der Dolus erfordert das Bewußtsein, daß die Beschaffenheit der an Bord genommenen Gegenstände Schiff oder Ladung in der im § 297 bezeichneten Weise gefährden könne (Geyer 2 396, Hälschner 2 396), sowie daß der Schiffer von der Anbordnahme nichts wisse. Eine gewinnsüchtige Absicht, insbs. die Absicht, zu defraudiren, ist nicht erforderlich; so: Merkel HH. 3 842, Oppenh. N. 3, v. Schwarze N. 3, Meves StRZ. 13 400, auch Hälschner 2 396, jedoch mit dem Bemerken, die Hdlg. erscheine schon an sich als eigennützig.

7) Die Strafe ist wahlweise Geldstr. von 3—1500 M. (§ 27) o. Gefängniß von 1 T. bis 2 J. (§ 16); jene kann, als „an erster Stelle" angedroht, gemäß § 28_2 (das. N. 6b) für den Nichtbeitreiblichkeitsfall auch in Haft umgewandelt werden.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 298.

Ein Schiffsmann, welcher mit der Heuer entläuft, oder sich verborgen hält, um sich dem übernommenen Dienste zu entziehen, wird, ohne Unterschied, ob das Vergehen im Inlande oder im Auslande begangen worden ist, mit Gefängniß bis zu Einem Jahre bestraft.

PrStGB. § 279. Entw. I §§ 278, 349[2], II § 294.

1) Durch die Bestimmungen der SeemannsO. §§ 81_3, 100_1 ist der § 298 seinem Inhalte nach vollständig wiedergegeben; nach der, bei gleichen Rechtsquellen Platz greifenden, Regel „lex posterior derogat priori" (EG. § 2 N. 3a) ist deshalb § 298 durch die SeemannsO., als das neuere Gesetz, aufgehoben; so v. Liszt S. 470 N. 1; aM. Geyer 2 63 u. Rüd.-St. N. 4, weil Seemanns-O. § 81_3 auf § 298 verweise, Binding 1 349, 355 N. 15, der hierin einen Fall der (unschädlichen) Alternativität zweier Strafgesetze sieht, indem dieselbe gesetzl. Bestimmung mit genau derselben Strafandrohung in verschiedenem Zusammenhange wiederholt sei; vgl. auch Berlin 27. März 78 St. 8 277, das schwankend bald von einem Delikte aus SeemannsO. § 81_3, bald von einem solchen aus § 298 spricht, sowie Damme GS. 46 316, der der Vorschrift der SeemannsO. ein engeres Anwendungsgebiet zuschreibt. Der Umstand, daß bei der auf Grund der Ermächtigung der StGN. Art. V erfolgten Publikation des StGB. der § 298 gleichfalls Aufnahme gefunden hat, berechtigt nicht zu der Auffassung, daß derselbe wiederum formell geltendes Recht geworden sei; denn nach dem Wortlaute der durch jenen Art. V ertheilten Ermächtigung durfte der nicht erst durch die StGN. aufgehobene § 298, Mangels ausdrücklicher Bezeichnung gleich den §§ 287 u. 337, gar nicht weggelassen werden.

2) Der — wie im § 329 — mit Strafe bedrohte einfache Kontraktbruch (v. Liszt S. 470, H. Meyer S. 728) besteht darin, daß ein „Schiffsmann", auch hier wie im § 297 (das. N. 1b) i. w. S. zu nehmen, „mit der Heuer", die selbstverständlich in sein Eigenthum übergegangen, entweder „entläuft" oder „sich verborgen hält". Daß auch diese letztere Wendung mit den Worten „mit der Heuer" in Verbindung zu setzen ist, zeigen Abs. 1 u. 2 der SeemannsO. § 81 (vgl. auch Entw. II § 349[2]), welche mildere Strafandrohungen als Abs. 3 nur deshalb enthalten, weil der Angeheuerte „ohne Heuer" dem Antritt oder der Fortsetzung des Dienstes sich entzieht. Deshalb trennt auch die SeemannsO. § 81_3, richtiger als § 298, das Wort „entläuft" von den folgenden Worten nicht durch ein Komma.

Wegen Zahlung der „Heuer" (eines „Heuervorschusses") vor Antritt bzw. wenigstens vor Beendigung des Dienstverhältnisses vgl. SeemannsO. § 36.

Uebrigens fällt die Dienstentziehung nach Empfang auch nur eines Theiles der Heuer selbst dann unter § 298, wenn der Schiffsmann schon eine dem Theilbetrage der Heuer, z. B. einer Monatsheuer, entsprechende Zeit — also einen Monat — Dienste geleistet hatte; Meves StRZ. 13 390.

3) Subjektiv wird die „Absicht, sich dem übernommenen Dienste zu ent-

ziehen", verlangt. Ob der Schiffsmann sich dem Antritt (so z. B. in dem Falle Berlin 27. März 78 St. 8 277) oder der Fortsetzung des Dienstes entziehen (über letzteren Begriff vgl. § 235 N. 1) wollte, fällt nur für die Strafzumessung ins Gewicht und zwar Angesichts der SeemannsO. § $81_{1,2}$ in dem S., daß letzteres mit Rücksicht auf die Verhältnisse der Seeschifffahrt regelmäßig strafbarer erscheint wie jenes.

4) Die fragliche Hdlg. ist nach den Motiven zum StGB., mit Rücksicht auf ihre Straflosigkeit in Amerika und England, in SeemannsO. § 101_1 auch dann — und zwar unbedingt und unabhängig von dem Ermessen der StAschaft (Hälschner **1** 177, 706) — für strafbar erklärt, „wenn sie außerhalb des Bundesgebietes begangen ist", da sie sonst nach den Grundsätzen des § 4 (das. N. 20a) häufig straflos bleiben würde. Trotzdem soll aber nach Binding **1** 442 eine Bestrafung im Inl. wegen bereits im Ausl. erfolgter Bestrafung nicht mehr eintreten können; anders dagegen Lammasch GS. **41** 10 N. 2.

Diese Vorschrift ist zwar als Ausnahmevorschrift strikt zu interpretiren, dennoch aber ist, da sie selbst zwischen Deutschen und Ausländern nicht unterscheidet (vgl. dagegen § 4^{1-3}), ihre Anwendung nicht auf Deutsche zu beschränken, um so weniger als ein praktisches Bedürfniß gerade auch hinsichtlich der Bestrafung von Ausländern, welche die That im Auslande begehen, vorliegen kann, dann nämlich, wenn sie auf einem D. Schiffe geheuert waren und demnächst der Dienstpflicht sich entziehen, während jenes in einem ausländischen Hafen angelaufen ist (vgl. § 3 N. 14a). So: Geyer **2** 64, H. Meyer S. 728, Puchelt N. 2 u. Damme GS. **46** 314, während Merkel HH. **3** 843 sowie Oppenh. N. 6 die Vorschrift auch auf Ausländer anwenden wollen, wenn es um ein D. Schiff sich handelt; vgl. auch Rüd.-St. N. 2, 5. AM. v. Schwarze S. 46, es handele sich nur um eine Ausnahme des § 4_3 Unterabs. 1, ferner Hälschner **1** 174 N. 1, **2** 398.

5) Der Thatbestand der SeemannsO. § 83 schließt als der speziellere denjenigen des § 81_3 aus; denn er hat die Entziehung aus dem Dienste, ohne übrigens Gewicht darauf zu legen, ob sie „mit" oder „ohne Heuer" stattfindet, lediglich für die besonderen Fälle im Auge, wo „der Schiffsmann seine Entlassung fordern kann"; Meves StRZ. **13** 391, Oppenh. N. 3.

6) Die Strafe ist Gefängniß von 1 T.—1 J. (§ 16).

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren; für den Fall, daß die Hdlg. außerhalb des Bundesgebietes begangen ist, bestimmt SeemannsO. § 100_2 ausnahmsweise, daß die Verjährung „erst mit dem Tage beginne, an welchem das Schiff, dem der Thäter zur Zeit der Begehung angehörte, zuerst ein Seemannsamt erreicht" (§ 69 N. 9 II); Oppenh. N. 7; vgl. auch Damme GS. **46** 317.

Zuständig ist **Strafk.** bzw. **SchöffenG.**; GVG. §§ 73^1, 75^{11}.

§. 299.

Wer einen verschlossenen Brief oder eine andere verschlossene Urkunde, die nicht zu seiner Kenntnißnahme bestimmt ist, vorsätzlich und unbefugter Weise eröffnet, wird mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Gefängniß bis zu drei Monaten bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

PrStGB § 280. Entw. I § 279, II § 295.

1) Der § 299 schützt an erster Stelle das sog. Briefgeheimniß, dessen Verletzung das PrALR. II 20 § 1370, welchem der § 280 des PrStGB. entnommen wurde, ausschließlich unter Strafe stellte; im PrStGB. wurde jedoch die Vorschrift in Anlehnung an das StGB. von Hessen-Darmst. v. 17. Sept. 1841 Art. 410 auf „versiegelte Urkunden" ausgedehnt; Goltd. Mat. **2** 625. Dem PrStGB. folgte das RStGB. unter redaktioneller Abänderung des „versiegelt" in „verschlossen".

2) Sieht man auf die Worte „einen verschlossenen Brief oder eine andere verschlossene Urkunde", so erscheint der Begriff „verschlossene Urkunde" als der allgemeinere, „verschlossener Brief" nur als eine Spezies desselben; dann würde aber der Begriff

„Urkunde" i. S. des § 299 nur der in N. 2_2 zum § 267 gekennzeichnete vulgäre sein und mit der eigentlichen Bedeutung des Wortes, geschweige denn mit dem juristischen Urkundenbegriffe, nichts zu thun haben; unmöglich nämlich ist jeder Brief eine „Urkunde" in dem § 267 N. 2 entwickelten eigentlichen oder gar spezifisch juristischen S. Dann ergiebt sich aber weiter aus der historischen Entwickelung (N. 1) und der Anlehnung der „verschlossenen Urkunde" an den „verschlossenen Brief", daß unter jener ein jedes „verschlossenes Schriftstück" hat verstanden werden sollen, worauf auch der Relativsatz „die nicht zu seiner Kenntnißnahme bestimmt ist" hindeutet. So: Hälschner 2 216, 522, v. Liszt S. 418, Rüd.-St. N. 2, v. Schwarze N. 1, John ZfStRW. 4 20, 6 8 f., auch Binding Normen 1 207 u. H. Meyer S. 778, insofern sie Urk. im nichttechnischen S. verstehen. AM.: RG. I 8. Nov. 80 E. 2 425 (gelegentlich als „Urk. i. w. S." bezeichnend), Schütze S. 486 N. 11, welcher „Brief" auch hier als Spezies der Urk. im techn. S. auffaßt, sowie Merkel HRgutachten S. 36 u. HH. 4 445 N. 7, der, auch mit Rücksicht auf die Motive, eine „inkorrekte Ausdrucksweise" als vorliegend annimmt (ebenso Börne GS. 41 401) und hinter „Urkunde" einschalten will „welche kein Brief ist", während der Wortlaut weder auf den juristischen, noch auf einen nicht juristischen Sprachgebrauch sich stützen könne.

Gegenstand des Verg. ist sonach ein Schriftstück, das — gleichgültig wie — „verschlossen" ist, d. h. dessen Einsichtnahme seitens Unbefugter durch eine die Eröffnung hemmende Maßnahme (Siegeln, Kleben, Nähen ꝛc.) verhindert werden soll; v. Liszt S. 387; vgl. auch RG. III 15. Okt. 87 E. 16 284, welches btr. des PostG. v. 28. Okt. 1871 ausführt, dasselbe enthalte ebensowenig wie § 299 eine Definition dessen, was unter dem „Verschlusse" eines Briefes ꝛc. zu verstehen sei; es entscheide darüber die Auffassung des gewöhnlichen Lebens, Ein blos zusammengelegtes oder gefaltetes Schriftstück ist deshalb kein geeignetes Objekt; so Meves HH. 3 1004; aM. v. Schwarze N. 3.

3) Subjekt des Verg. kann lediglich Jemand sein, zu dessen Kenntnißnahme das verschlossene Schriftstück nicht bestimmt ist. Dabei kann aber nur die Befugniß zur Zeit der That entscheidend sein; die Auslegung von Rubo N. 4, daß das verfrühte, nur der Zeit nach unbefugte Eröffnen eines zu späterer Kenntnißnahme des Eröffnenden bestimmten Briefes nicht unter § 299 falle, entspricht nur dem Wortlaute, nicht aber dem Sinne des Gesetzes.

Zu wessen Kenntnißnahme ein Schriftstück bestimmt ist, erhellt häufig aus der Aufschrift der bei Briefen sog. Adresse. Doch sind diese äußeren Bezeichnungen nicht unbedingt maßgebend, weil einmal das Schriftstück trotz der Adresse an eine Person dennoch zur Kenntnißnahme auch anderer Personen, z. B. sämmtlicher Familienmitglieder, bestimmt, dann weil die Adresse einen unrichtigen Namen angeben und der Träger eines anderen Namens gemeint sein kann, endlich weil der Absender häufig nicht die Person des Adressaten, sondern den Vertreter der Behörde, des Instituts, der Firma ꝛc. meint.

4) Die äußere Handlung selbst besteht in dem — nicht nothwendig eine Verletzung des Verschlusses erfordernden (RG. IV 25. Apr. 90 E. 20 375 btr. § 354, Meves HH. 3 1004, v. Kirchmann § 354 N. 1) — „Eröffnen" des verschlossenen Schriftstücks, so daß ein bloßes Auseinanderfalten eines unverschlossenen Briefes o. das Herausnehmen eines solchen aus einem offenen Umschlage nicht als Eröffnen anzusehen ist; cit. RG. 25. Apr. 90 (vgl. jedoch § 354 N. 3a). Nach dem Gedanken, welcher dem § 299 zu Grunde liegt, kann darunter „nur diejenige Hdlg. gemeint sein, welche den Verschluß des Schriftstücks derartig beseitigt, daß der Brief selbst vorhanden und die Kenntnißnahme seines Inhalts möglich bleibt", während ein das Schriftstück unleserlich machendes Zerreißen desselben nicht hierher gehört; Berlin 20. März 72 St. 1 307, Oppenh. N. 1.

Vollendet ist das Verg. mit der Eröffnung; die Kenntnißnahme von dem Inhalte des Schriftstückes wird nicht erfordert (vgl. u. N. 6_2); v. Liszt S. 418, Merkel HH. 3 844, Blum N. 2, Rüd.-St. N. 1, v. Schwarze N. 4.

5) Die Eröffnung muß „unbefugter Weise" geschehen, d. h. es muß dem Eröffnenden ein Recht zur Eröffnung nicht zur Seite stehen, die Eröffnung folglich widerrechtlich sein (§ 123 N. 14); der Natur der Sache nach ist das Eröffnen fremder verschlossener Briefe

verboten, soweit es nicht gesetzlich ausdrücklich oder auf Grund besonderer Berechtigungen erlaubt erscheint; Hälschner 2 216, v. Liszt S. 418, Rubo § 300 N. 9.

Die gesetzlichen Ausnahmen von der durch das PostG. v. 28. Okt. 1871 § 5 garantirten Unverletzlichkeit des Briefgeheimnisses sind enthalten für den Fall „strafgerichtlicher Untersuchungen" in der StPO. §§ 99, 100 (110), für „konkursprozessualische Fälle" in der KO. § 111. Die CPO. hat derartige Ausnahmen nicht statuirt; Dambach G. über d. Postwesen 4. Aufl. S. 26.

Im weiteren kommen noch an positiven Vorschriften die StPO. §§ 110, 116_3 in Betracht, insofern nach ersterem dem Richter die Durchsicht der beim Beschuldigten beschlagnahmten Papiere, also auch der verschlossenen Schriftstücke, zusteht, nach letzterem aber die Korrespondenz eines Verhafteten, namentl. der Eingang der Briefe, der Kontrole und Durchsicht unterliegt.

Die Befugniß zur Eröffnung kann ferner in dem Erziehungsrechte begründet sein; Berner S. 610, Hälschner 2 216, H. Meyer S. 779. Ob und wieweit ein Recht des Ehemannes bezüglich der von seiner Frau geschriebenen oder an seine Frau gerichteten Briefe besteht, ist auf Grund der einschlagenden Bestimmungen des Civilrechts zu prüfen; ein solches wird von Dresden 30. Nov. 74 St. 5 153 nur sehr bedingt, dagegen auf Grund des PrALR. von Blum N. 3, v. Kirchmann N. 1 u. F. Meyer N. 2 unbedingt bejaht, während Hälschner 2 216 u. Merkel HH. 3 844 solches allgemein negiren.

6) Die Hdlg. muß „vorsätzlich" geschehen; deshalb namentl. auch im Bewußtsein der mangelnden Befugniß; Dresden 30. Nov. 74, München 28. Juni 78, St. 5 153, 8 281, Hälschner 2 216, v. Liszt S. 418. Richtiger würde daher die Fassung sein: „Wer vorsätzlich einen Brief ꝛc. unbefugter Weise eröffnet."

Das Motiv ist gleichgültig; deshalb genügt bloße Neugierde und ist eine gewinnsüchtige oder eigennützige Absicht keineswegs erforderlich; so außer den Motiven: Berlin 20. März 72 St. 1 307, Geyer 2 39, Merkel HH. 3 844. Selbst die Absicht der Kenntnißnahme von dem Inhalt des Schriftstücks ist nicht nothwendig; so: Hälschner 2 216, v. Liszt S. 418, Merkel HH. 3 844, Oppenh. N. 2; aM.: Schütze S. 505, F. Meyer N. 1.

7) Btr. der Theilnahme (Th. I Abschn. 3) gelten im übrigen die allg. Grundsätze, eine Ausnahme hinsichtlich der Beihülfe (§ 49 N. 29a) enthalten jedoch die §§ 354, 355 insofern, als hier die „wissentliche Hülfeleistung" seitens eines Post- bzw. Telegraphenbeamten zu dem Verg. aus § 299, soweit dasselbe Postsendungen und bzw. Depeschen betrifft, unter besondere Strafandrohungen gestellt wird.

8) Ein Strafantrag (§§ 61 ff.) ist nach Absatz 2 Bedingung der Strafverfolgung. Antragsberechtigt ist der Eigenthümer der verschlossenen Urk.; denn nur derjenige erscheint durch die Strafthat verletzt (§ 61 N. 10 ff.), der die rechtliche Verfügung über das Schriftstück hat und von dem es daher abhängt, ob er den Inhalt desselben bekannt geben will oder nicht; es handelt sich, nach den Motiven, um einen zu ahndenden Eingriff „in die Rechtssphäre des Dritten"; Reber Antragsdel. S. 397, Rubo N. 7. Nach diesem Grundsatze ist insbs. auch die Antragsberechtigung bei Eröffnung von „Briefen" zu beurtheilen. Bis zur Absendung desselben ist zweifellos der Schreiber allein verfügungs- und somit antragsberechtigt. Die Beförderung an den Adressaten kann in doppelter Weise geschehen, durch Jemand, der für den Absender die Beförderung übernimmt, oder durch einen Boten des Adressaten. Im letzteren Falle geht die Verfügungs- und Antragsberechtigung sofort bei der Empfangnahme durch den Boten auf den Adressaten über. Im ersteren Falle, wie namentl. bei Aufgabe eines Briefes zur Post, behält der Absender die, nur faktisch häufig erschwerte, rechtliche Verfügung über den Brief, bis zu dessen Bestellung an den Adressaten (Dambach G. über d. Postwesen 4. Aufl. S. 26); deshalb ist solange lediglich der Absender antragsberechtigt. So: Geyer 2 39, Hälschner 2 217, Rubo N. 7, ferner in der Beziehung, daß der Absender bis zur Bestellung eines zur Post gegebenen Briefes an den Adressaten, dann aber der Adressat antragsberechtigt sei: Berlin 14. Feb. 78 O. 19 71, v. Liszt S. 418, Oppenh. N. 5. AM.: Berlin S. 610, Merkel S. 349 u. HH. 3 844, v. Schwarze N. 5, Klebs G. 19 571, Ressel Antragsber. S. 28, welche sowohl den Absender wie den Adressaten für

antragsberechtigt erklären; so auch Binding I 625, der im übrigen noch verschiedene Unterscheidungen trifft, prinzipiell aber jeden im Vertrauensverhältniß Begriffenen für antragsberechtigt erachtet. Eine Mittelmeinung vertritt Reber aO. S. 398 dahin, daß erst nur der Adressant, nach dem Empfange nur der Adressat, von der Aufgabe bis zum Eingange aber beide antragsberechtigt seien, weil der Adressat „schon auf dem Wege zu ihm das Recht der Besitzergreifung" und zugleich der Adressant „noch das Zurückforderungsrecht" habe. Allein wenn auch die Bestellung des Briefes nicht nothwendig an der in der Adresse angegebenen Stelle (Wohnort, Wohnung) geschehen muß, sondern schon unterwegs geschehen kann, so hat doch der Adressat kein „Recht der Besitzergreifung".

Der Empfänger des Briefes ist antragsberechtigt, bis er etwa denselben uneröffnet einem Anderen zur freien Verfügung abtritt; Reber aO. S. 155.

Eine Transmission der einmal erworbenen Antragsberechtgg. findet auch hier nicht statt; so ist der Absender dann noch antragsberechtigt, wenn der eröffnete Brief auch inzwischen an den Adressaten gelangt sein sollte; so das cit. Berlin (vgl. G. 26 133) u. Rüd.-St. N. 6.

9) Die Anwendung des § 139 (das. N. 6) wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Betreffende durch Verletzung des Briefgeheimnisses von dem verbrecherischen Vorhaben Kenntniß erlangte.

Wegen des Verhältnisses zum § 303 vgl. das. N. 12d, wegen desjenigen zum § 354 das. N. 7 sowie o. N. 7.

10) Die Strafe ist wahlweise Geldstr. von 3—300 M. (§ 27) o. Gefängniß von 1 T. bis 3 Mt. (§ 16); jene kann, als „an erster Stelle" angedroht, gemäß § 28_2 (das. N. 6b) für den Nichtbeitreiblichkeitsfall auch in Haft umgewandelt werden; die ev. an die Stelle tretende Gefängnißstr. darf nach § 29_2 nicht mehr als 3 Mt. betragen.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 (das. N. 4) in drei Jahren.

Zuständig ist SchöffenG.; GVG. § 27².

§. 300.

Rechtsanwalte, Advokaten, Notare, Vertheidiger in Strafsachen, Aerzte, Wundärzte, Hebammen, Apotheker, sowie die Gehülfen dieser Personen werden, wenn sie unbefugt Privatgeheimnisse offenbaren, die ihnen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes anvertraut sind, mit Geldstrafe bis zu eintausendfünfhundert Mark oder mit Gefängniß bis zu drei Monaten bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

PrStGB. § 155. Entw. I § 280, II § 296. StB. S. 732 f.

1) Die „unbefugte Offenbarung von Privatgeheimnissen" bildet den Gegenstand der Strafandrohung des § 300. Durch denselben ist i. S. des EG. § 2 die Materie der strafb. Verletzung der Geheimnisse Dritter nicht für geregelt zu erachten, sondern gewährt vielmehr § 300 nur gegen die unbefugte Offenbarung fremder Privatgeheimnisse durch bestimmte Berufsklassen Schutz, weshalb Landesgesetze, nach welchen andere als die im § 300 bezeichneten Personen wegen unbefugter Offenbarung von Privatgeheimnissen strafbar sind, wie z. B. nach dem Code pénal art. 418 die Angestellten einer Fabrik wegen Verraths von Fabrikgeheimnissen oder nach PrEGzHGB. v. 24. Juni 1861 Art. 9 § 5 die Handelsmäkler wegen der ihnen durch HGB. Art. 69⁵ auferlegten Pflicht (N. 4_2), noch in Geltung stehen; so: RG. I 3. Jan. 87 E. 15 140, Rüd.-St. N. 2; aM.: Hälschner 2 217, v. Liszt S. 420, Oppenh. N. 1. Vgl. auch die reichsrechtlichen Strafbestimmungen gegen die unbefugte Offenbarung von „Betriebsgeheimnissen" im UnfallversicherungsG. v. 6. Juli 1884 §§ 107 f.

2) Als ein „Privatgeheimniß" ist zunächst jede mit der ausdrücklichen Auflage, sie geheim zu halten, gemachte Mittheilung anzusehen; eine Auflage zur Geheimhaltung kann aber auch aus den Umständen sich ergeben, und zwar werden solche anzunehmen sein, wenn diejenige Person, welche die Mittheilung macht oder welche die btr. Thatsache der Kenntniß-

nahme eines Anderen unterwirft, ein erkennbares Interesse an der Geheimhaltung hat; RG. III 22. Okt. 85 E. 13 60, welches deshalb, wie auch Wahlberg HRl. „Aerztl. Verbr.", mit Recht verneint, daß die Offenbarung jeder Wahrnehmung, die ein Arzt in dieser seiner Eigenschaft gemacht habe, unter § 300 fallen solle.

3) Das Privatgeheimniß muß dem Thäter bei Ausübung seiner Berufspflicht (N. 4) „anvertraut" sein. „Anvertrauen" ist hier (vgl. dagegen § 246 N. 23) nicht zu betonen; denn nach dem Begriffe des Privatgeheimnisses (N. 2) liegt ein Anvertrauen vor, sobald nur die btr. Thatsache als Geheimniß, sei es mit der ausdrücklichen Auflage des Geheimhaltens, sei es unter solchen Umständen einem Anderen mitgetheilt oder — was dem völlig gleich steht — seiner Kenntnißnahme unterworfen wird, aus denen die Aufforderung des Geheimhaltens stillschweigend sich ergiebt; RG. III 22. Okt. 85 E. 13 60, Geyer 2 40, Hälschner 2 217, v. Liszt S. 419, H. Meyer S. 780, Oppenh. N. 4, Rubo N. 6, 8, v. Schwarze N. 3, Liebmann Pflicht d. Arztes S. 15, auch S. 25, wo er aus den u. N. 7 behandelten Gesetzesworten folgert, daß die Definition sowohl des „Privatgeheimnisses" als des „Anvertrauens" u. seines Umfanges von dem Standpunkte desselben Gewerbes, kraft dessen es als anvertraut gelte, zu bestimmen sei. Hiernach liegt das Thatbestandsmerkmal vor, sobald der Thäter bei Ausübung seiner Berufspflicht überhaupt nur in den Besitz der Kenntniß der als Geheimniß behandelten Thatsache gelangte.

4) Als Subjekte des Verg. kommen nur solche Personen in Betracht, welche die Kenntniß von Privatgeheimnissen Dritter bei Ausübung ihrer Berufspflicht (s. u. N. 7) erlangt haben, und zwar nur insofern diese Personen den im § 300 bezeichneten Kategorieen angehören.

Wenn die Motive im Hinblick auf das PrStGB. von einer „Erweiterung der Personenkategorieen" sprechen, so ist das unrichtig; denn § 155 desselben (im Tit. 13 über Verletzungen der Ehre) hob zwar nur „die Medizinalpersonen und deren Gehülfen" ausdrücklich hervor, richtete sich aber gegen „alle Personen, welche unbefugterweise Privatgeheimnisse offenbaren, die ihnen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes anvertraut sind". Demgegenüber enthält RStGB. § 300 die erhebliche Einschränkung, daß nur gewisse mit der Rechtspflege und gewisse mit der Heilpflege befaßte Personen sowie deren Gehülfen als Subjekte des Verg. in Betracht kommen. Andere Personen können somit, worin die GM. übereinstimmt, aus § 300 nicht bestraft werden; vgl. u. N. 5 I c. Das gilt selbst von solchen, unter die Kategorieen des § 300 nicht mitbegriffenen, Personen, welchen die Verschwiegenheit über gewisse Angelegenheiten gesetzlich zur Pflicht gemacht ist, wie reichsrechtlich durch HGB. Art. 69⁵ den „Handelsmäklern" die Verschwiegenheit „über Aufträge, Verhandlungen und Abschlüsse, soweit nicht das Gegentheil durch die Parteien bewilligt oder durch die Natur des Geschäfts geboten ist", oder wie z. B. durch PrALR. II 11 § 80 den, vom PrStGB. § 155 hauptsächlich mitgemeinten (Goltd. Mat. 2 328), Geistlichen die Geheimhaltung des ihnen bei Ausübung der Seelsorge Anvertrauten, in Ansehung dessen ihnen auch nach StPO. § 52 u. CPO. § 348 die unbedingte Berechtigung zur Zeugnißverweigerung zusteht; Oppenh. N. 1.

Liegt der Schwerpunkt des Thatbestandes in der Offenbarung eines Privatgeheimnisses seitens desjenigen, dem solches bei Ausübung seiner Berufspflicht anvertraut wurde (vgl. die Motive), so ist daraus zu folgern, daß § 300 Anwendung findet einmal auch auf ausländische Aerzte rc., wenn sie die That im Inlande begehen (so auch Oppenh. N. 2, während Merkel HH. 3 845 nur hervorhebt, daß es auf die in den D. Bundesstaaten gebräuchlichen Bezeichnungen nicht ankomme), ferner aber auch dann noch, wenn die btr. Person zur Zeit der Offenbarung des ihr bei Ausübung ihrer Berufspflicht anvertrauten Geheimnisses den Beruf bereits aufgegeben hat; letzteres ergiebt eine sinngemäße extensive Interpretation (aM. Oppenh. N. 5).

5) Die einzelnen Personenkategorieen zerfallen in:

I. Mit der Rechtspflege befaßte Personen, und zwar:

a) „Rechtsanwalte"; die Eigenschaft eines inländischen Rechtsanwaltes bestimmt sich nach der RAO. §§ 1 ff. dahin, daß Rechtsanwalt eine zum Richteramte befähigte Person

ist, welche seitens der Landesjustizverwaltung eines Bundesstaates bei einem Gerichte desselben zur Rechtsanwaltschaft zugelassen worden ist.

b) „Advokaten"; nach inländischem Recht giebt es solche nicht mehr.

c) „Notare"; wer in D. Notar sei, bestimmt sich nach der Gesetzgebung des betreffenden Bundesstaates. In Unrecht wird von Hälchschner 2 217 u. Oppenh. N. 1 deshalb, weil es allerdings auf die in den verschiedenen Bundesstaaten für die betreffenden Stellungen gebräuchlichen Bezeichnungen nicht ankommt (s. o. N. 4), angenommen, daß „Notar" alle „Beamten der freiwilligen Gerichtsbarkeit" umfasse; ein derartiger richterlicher Beamter, desgleichen ein Gerichtsvollzieher, wird niemals als „Notar" angesehen werden können; eine analoge Ausdehnung der Anwendung des § 300 auf solche Personen ist aber ausgeschlossen (N. 1, 4_2).

d) „Vertheidiger in Strafsachen"; wer vor einem D. Gerichte als solcher auftreten kann, ergeben die §§ 138, 139, 144 der StPO. (vgl. jedoch u. N. 7_2).

Bezüglich der im Auslande domizilirten Rechtsanwalte, Advokaten rc. (N. 4) entscheidet das Recht des betreffenden auswärtigen Staates.

II. Mit der Heilpflege befaßte Personen, und zwar:

a) „Aerzte, Wundärzte, Hebammen". Unter „Aerzten" sind, wie die Nebeneinanderstellung mit „Wundärzten" ergiebt, nicht sämmtliche Medizinalpersonen i. S. der GewerbeO. §§ 29_1, 147^3 zu verstehen; man wird den Ausdruck auf alle mit der Behandlung menschlicher Krankheiten sich befassenden Aerzte zu beziehen haben, dagegen nicht auf „Thierärzte"; so Oppenh. N. 1; aM. v. Schwarze N. 2.

b) „Apotheker".

Nach der GewerbeO. § 29_1 bedürfen die Aerzte (Wundärzte) einer Approbation, und kommt der Titel als „Arzt" nach § 147^3 das. nur den „geprüften Medizinalpersonen" zu; hiernach wird, soweit es um einen Gewerbebetrieb in D. sich handelt, nur ein approbirter Arzt aus § 300 sich strafbar machen können, da anzunehmen ist, daß das StGB., soweit es überhaupt inländische Aerzte im Auge hat, der technischen Bezeichnung sich bedient habe; so Rubo N. 2, auch Liebmann Pflicht d. Arztes S. 41 aus inneren Gründen. Anders liegt die Sache hinsichtlich der Apotheker, die gleichfalls einer Approbation, und hinsichtlich der Hebammen, die eines Prüfungszeugnisses bedürfen (GewerbeO. §§ 29_1, 30_2); denn die Führung dieser Titel wird nicht durch entsprechende Strafbestimmungen den approbirten Apothekern bzw. geprüften Hebammen gesichert und können deshalb auch die im § 300 gebrauchten Bezeichnungen nicht blos auf solche Personen bezogen werden; so auch Rubo N. 4 btr. der Hebammen.

Bezüglich der im Auslande domizilirten Aerzte rc. (N. 4) entscheidet das Recht des betreffenden auswärtigen Staates.

6) Die „Gehülfen" der in N. 5 bezeichneten Personen können gleichfalls Subjekte des Verg. sein. Dabei ist, nach den Motiven, namentl. an diejenigen der Apotheker, Aerzte und Hebammen sowie der Rechtsanwalte gedacht, weil „dieselben in Folge ihrer, wenngleich nebensächlichen Mitwirkung, häufig in gleichem Maße in die Geheimnisse der hülfesuchenden Personen eingeweiht sind wie die Prinzipale selbst, wie andererseits diese selbst nicht selten unbedingt auf die Unterstützung ihrer Gehülfen angewiesen sind und auf ihre Verschwiegenheit sich ebenso wie die Hülfesuchenden selbst verlassen müssen".

7) Die Privatgeheimnisse müssen den in N. 5 u. 6 bezeichneten Personen „kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes" anvertraut sein (N. 3, 4). Der Gebrauch des Wortes „Stand" in Abweichung von der sonst gebrauchten Wendung „Amt, Beruf oder Gewerbe" (vgl. z. B. § 222 N. 7) erscheint gerechtfertigt, weil damit Personen bezeichnet werden sollen, welche vermöge der erkennbaren Abgrenzung ihres Berufes einen „Stand" bilden. Im einzelnen bezieht sich: „Amt" auf die inländischen Notare (N. 5 I c), welche nach § 359 „Beamte" i. S. des StGB. sind, „Stand" auf die Rechtsanwalte und Advokaten (N. 5 I a, b), „Stand" und „Gewerbe" auf die Aerzte, Wundärzte, Hebammen u. Apotheker (N. 5).

Aus den hervorgehobenen Worten folgert Oppenh. N. 3, daß nur solche Personen

hierher gehören, welche aus der btr. Thätigkeit in bleibender Weise ein Geschäft machen. Diese Ansicht erscheint jedoch in Hinsicht auf die „Vertheidiger in Strafsachen" (N. 5 I d) nicht richtig; denn wenn auch auf diese in ihrer Gesammtheit keiner jener Ausdrücke im engsten S. paßt, so wird man doch die Vertheidgg. in Strafsachen als ein öffentl. „Amt" in dem weiteren S. des § 31_2 anzusehen haben und wird sonach § 300 ev. gegen jeden Vertheidiger in Strafsachen Anwendung finden müssen, auch wenn er nicht ein „Rechtsanwalt" oder ein nach Maßgabe der RAO. § 25 zum Vertreter desselben bestimmter Rechtskundiger sein sollte. Die StPO. § 52^2 hat eine ähnliche Streitfrage durch eine zweckmäßigere Fassung vermieden.

Uebrigens kommt ausschließlich dann, wenn der Thäter ein inländischer Notar ist, § 4^1 zur Anwendung; denn nur in diesem Falle hat der Thäter die strafb. Hdlg. „als Beamter des DR. o. eines Bundesstaats" begangen; dagegen trifft dieses weder zu, wenn ein Arzt rc., der zugleich Beamter ist, ein ihm in seiner Eigenschaft als Arzt rc. anvertrautes Privatgeheimniß offenbart, noch, wenn ein „Vertheidiger in Strafsachen" einen bezüglichen Vertrauensbruch begeht, denn der Verwalter dieses Amtes ist deshalb nicht „Beamter" (vgl. § 31 N. 10) und die etwa zufällig konkurrirende Beamteneigenschaft, z. B. eines Rechtslehrers an einer D. Hochschule, kommt hier sowenig wie beim Arzt rc. in Betracht.

8) Die Hdlg. selbst besteht in der „unbefugten Offenbarung" des Privatgeheimnisses. Nicht jede Mittheilung desselben wird unbedingt als Offenbarung aufzufassen sein, so z. B. eine Mittheilung an eine ganz bestimmte Vertrauensperson, auf deren vollkommene Verschwiegenheit der Mittheilende rechnen konnte. Andererseits wird man den Ausdruck „Offenbarung" i. S. des Gesetzes dahin zu deuten haben, daß er auch die an verschiedene Personen zu verschiedenen Gelegenheiten erfolgende Kundgebung desselben Geheimnisses als eine juristische Einheit zusammenfaßt (§ 73 N. 7b); Binding I 559 N. 47.

9) Die Offenbarung muß eine „unbefugte", d. h. widerrechtliche, sein (vgl. § 123 N. 14); v. Liszt S. 419. Das ist sie aber, da das Geheimniß dem Betreffenden bei Ausübung der Berufspflicht anvertraut wurde, stets, wenn sie gegen den Willen des Anvertrauenden geschieht, soweit nicht gesetzliche Bestimmungen eine Offenbarung auch ohne diese Zustimmung entweder gebieten oder wenigstens für zulässig erklären. Ersteres geschieht namentl. durch die dem § 139 zu Grunde liegende Norm; Hälschner 2 218, Merkel S. 350, H. Meyer S. 780, Rubo N. 9. Letzteres geschieht durch die Vorschriften der StPO. § 52^{23} sowie der CPO. § 348^5; denn indem sie die dort bezeichneten Personen für „berechtigt" erklären, ihr Zeugniß, außer im Falle ausdrücklicher Entbindung von der Verschwiegenheit, zu verweigern, so ergiebt sich daraus, daß die Offenbarung des Geheimnisses bei der Zeugnißablegung nicht widerrechtlich ist; so die GM., während v. Schwarze N. 5 nur annimmt, daß der Nichtgebrauch des Rechtes zur Zeugnißverweigerung nicht ohne weiteres hinreiche, das Zeugniß als eine „unbefugte" Offenbarung zu charakterisiren; aM. Liebmann Pflicht d. Arztes S. 7; vgl. auch S. 49 f.

Die spezielle Frage, ob die Verfolgung lediglich wissenschaftlicher Interessen, namentl. seitens der Aerzte, die Offenbarung von Privatgeheimnissen, insbs. durch Mittheilung von Fällen aus der Praxis, als eine „befugte" erscheinen lasse, ist zu verneinen; das wissenschaftliche Interesse ist an sich nicht geeignet, ein der Offenbarung entgegenstehendes Verbot zu beseitigen; dementsprechend wurde auch im RT. ein die Abänderung des § 300 im Interesse der Aerzte bezielender Antrag abgelehnt (StB. S. 732 ff.). So: Merkel HH. 3 845, H. Meyer S. 780, Oppenh. N. 7, Puchelt N. 5, Rüd.-St. N. 7. AM. Wahlberg HRl. „Aerztl. Verbr." sowie v. Schwarze N. 2 u. StB. aO., insofern sie § 300 nicht für anwendbar erachten, wenn die Offenbarung lediglich im wissenschaftlichen Interesse mit thunlichster Diskretion erfolgt sei. Richtig ist nur, daß bei Vermeidung jeglicher Bezeichnung, aus welcher die btr. Persönlichkeit kenntlich werden könnte, die Offenbarung eines Privatgeheimnisses überhaupt entfällt.

10) Daß die Hdlg. vorsätzlich geschehen müsse, ist nach der Redaktionsmethode des StGB. (vgl. Th. I Abschn. 4 N. 4) als zweifellos anzusehen; so: Hälschner 2 218, v. Liszt S. 419, Rüd.-St. N. 8, Puchelt N. 2; aM.: Schütze S. 505 N. 12, Wahlberg HRl. „Aerztl.

Verbr.", auch Meves HH. 3 962, ob die That aus Vorsatz o. aus Leichtsinn begangen, sei nur Strafzumessungsgrund; ebenso Ortloff JahrbfGVB. NF. 7. Jahrgg. 1883 S. 609.

Der Dolus erfordert namentl. das Bewußtsein der mangelnden Befugniß zur Offenbarung (vgl. § 299 N. 6); so: Hälschner, Rüd.-St. aO.; aM. Rubo N. 10. Desgl. ist das Bewußtsein davon erforderlich, daß ein „anvertrautes Privatgeheimniß" offenbart werde; Hälschner aO., Rubo N. 7.

Das Motiv ist gleichgültig; es braucht nicht ein an sich „sträfliches" zu sein, wie z. B. die Absicht, zu beleidigen, sondern es genügt namentl. ein bloßer Leichtsinn oder ein Ausplaudern aus Schwatzhaftigkeit; so außer den Motiven: Hälschner aO., Merkel S. 350, v. Schwarze N. 4.

11) Ein Strafantrag (§§ 61 ff.) ist nach Abs. 2 Bedingung der Strafverfolgung. Antragsberechtigter ist nicht schon derjenige, dessen Interessen durch die Offenbarung des Geheimnisses verletzt werden; so die GM., insbs. RG. III 22. Okt. 85 E. 13 60; aM.: H. Meyer S. 781, Ressel Antragsber. S. 29, Liebmann Pflicht d. Arztes S. 49, auch v. Liszt S. 419 für den Fall, daß es an einem Anvertrauer des Geheimnisses fehle. Als durch das Verg. verletzt (§ 61 N. 10 f.) kann vielmehr nur derjenige angesehen werden, dessen Vertrauen durch die Offenbarung getäuscht worden, wodurch nicht ausgeschlossen ist, daß mehr als eine Person die Antragsbefugniß besitzen kann, z. B. dem Hausarzte gegenüber das Familienhaupt und das btr. Familienglied; so: cit. RG. 22. Okt. 85, Binding 1 626, Merkel S. 350, v. Schwarze N. 6. Eine Succession in die Antragsberechtigung ist hier sowenig wie sonst (§ 61 N. 11) zulässig; man muß die Berechtigung zur Antragstellung folglich auf den Anvertrauer beschränken und kann nicht ev. auch seinen Rechtsnachfolger für antragsberechtigt halten; so jedoch Hälschner 2 219 (auch Oppenh. N. 8 u. Reber Antragsdel. S. 155, 399), der jedem, welchem z. B. die Befugniß zusteht, über die Offenbarung des Geheimnisses Bestimmung zu treffen, die Antragsberechtigung zuspricht.

12) Die Strafe ist wahlweise Geldstr. von 3—1500 M. (§ 27) o. Gefängniß von 1 T. bis 3 Mt. (§ 16); jene kann, als „an erster Stelle" angedroht, gemäß § 28_2 (das. N. 6b) für den Nichtbeitreiblichkeitsfall auch in Haft umgewandelt werden; die ev. an die Stelle tretende Gefängnißstr. darf nach § 29_2 nicht mehr als 3 Mt. betragen.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 (das. N. 4) in drei Jahren.

Zuständig ist Strafk. bzw. SchöffenG.; GVG. §§ 73^1, 75^{14}.

§. 301.

Wer in gewinnsüchtiger Absicht und unter Benutzung des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Minderjährigen sich von demselben Schuldscheine, Wechsel, Empfangsbekenntnisse, Bürgschaftsinstrumente oder eine andere, eine Verpflichtung enthaltende Urkunde ausstellen oder auch nur mündlich ein Zahlungsversprechen ertheilen läßt, wird mit Gefängniß bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu eintausendfünfhundert Mark bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

PrG. v. 2. März 1857 § 1. Entw. I §§ 263, 265, II §§ 297, 299. Aktenst. Nr. 92, 119 8, 182 44. StB. S. 733—735, 737 f., 1175.

Zu §§ 301, 302. N. 1—4.

1) Die §§ 301, 302, wegen deren Verhältnisses zu den §§ 302a—d die N. 4 zum § 302a zu vergleichen, bezwecken einen strafrechtl. Schutz gegen die gewinnsüchtige Benutzung des Leichtsinns und der Unerfahrenheit eines „Minderjährigen"; vgl. deshalb einerseits § 65 N. 4 (btr. der Wirkung der Großjährigkeitserklärung ebenso: Merkel HH. 3 847, Oppenh. N. 2, Puchelt N. 3; aM. Freudenstein WucherG. S. 163), andererseits § 174 N. 14c.

2) Objektiv muß „unter Benutzung (nicht Ausbeutung, wie im Falle des § 302a; das. N. 11) des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit" (vgl. § 302a N. 10b, c) des Minderjährigen ein Geschäftsabschluß mit letzterem zu Stande gekommen sein. Von selbst

ergiebt sich hieraus das Erforderniß, daß das Geschäft wesentlich zu Ungunsten des Minderjährigen lauten muß; so: v. Liszt S. 494 (Nothwendigkt. d. Vermögensbeschdgg.), Merkel HH. 3 847, Rüd.-St. N. 2; aM. Hälschner 2 429, wucherl. Uebervortheilung sei kein wesentliches Erforderniß.

Die gleichzeitige väterliche oder vormundschaftliche Genehmigung wird im Zweifel jenes Thatbestandsmerkmal ausschließen; RG. III 18. Feb. 82 E. 6 47. Trotz jener kann es aber namentl. dann vorliegen, wenn der Vormund rc. als Mitschuldiger des Thäters auftritt; Hälschner 2 429 N. 2, v. Schwarze N. 6, Freudenstein WucherG. S. 163.

3) In subjektiver Hinsicht wird zunächst, als Thatbestandsmerkmal, ausdrücklich die „gewinnsüchtige Absicht" (vgl. § 133 N. 8) gefordert und zwar als das den Thäter antreibende Motiv; Birkmeyer HRl. „Gewinnsücht. Absicht", v. Liszt S. 494. Dieselbe kann schon in der Absicht gefunden werden, durch den Wechsel, zu dessen Ausstellung der Minderjährige veranlaßt wurde, Sicherstellung einer an sich begründeten Forderung gegen den letzteren zu erlangen; RG. III 18. Feb. 82 E. 6 47.

Die Vorsätzlichkeit des Verg., die durch das Erforderniß der gewinnsücht. Abs. und das Wort „Benutzung" völlig außer Zweifel gestellt ist, erfordert namentl. die Kenntniß der Minderjährigkeit, was bedingt, daß der Thäter, wenn es um einen Ausländer sich handelt, der nach seinem Heimathsrecht (§ 65 N. 4) erst später als mit vollendetem 21. Lebensjahre großjährig wird, auch die Eigenschaft des Betreffenden als Ausländers sowie das ausländische Recht gekannt haben muß. Es genügt jedoch dolus eventualis; so auch Merkel S. 339 hinsichtl. der Minderjährigkt.

4) Nach dem o. N. 1 i. V. mit dem in N. 9b zum Th. I Abschn. 3 Bemerkten ist eine strafbare Theilnahme des Minderjährigen selbst an den Verg. aus §§ 301, 302 nicht denkbar; so: Merkel S. 339, v. Kries ZfStRW. 7 527, im Resultate auch Binding 1 361 N. 15 (wegen „Subsidiarität der Verbrechensformen"), gelegentlich auch RG. II 27/30. Nov. 88 E. 18 273 (insbs. 281).

Zu § 301. N. 5—8.

5) Der § 301 enthält einen Mischthatbestand. Das mit dem Minderjährigen abgeschlossene Geschäft muß bestehen:

a. entweder in der Ausstellung einer, eine Verpflichtung enthaltenden, Urkunde seitens des Minderjährigen. Urk. ist hier im technisch-juristischen S. zu verstehen (§ 267 N. 3). Bei der „Verpflichtung" kann es sich, nach den besonders hervorgehobenen Urk., nämlich „Schuldscheinen, Wechseln, Empfangsbekenntnissen, Bürgschaftsinstrumenten", nur um eine solche „zur Zahlung einer Geldsumme oder Gewährung geldwerther Sachen" handeln, wovon § 302 auch ausdrücklich spricht. Was speziell die „Empfangsbekenntnisse" betrifft, so ergiebt sich von selbst, daß darunter solche Bekenntnisse, welche eine Verpflichtung begründen, nicht aber Quittungen zu verstehen sind; Merkel HH. 3 847;

b. oder in der mündlichen Ertheilung eines Zahlungsversprechens. Letzteres muß eine Geldsumme zum Gegenstande haben, denn nur dazu paßt der technische Ausdruck „Zahlung"; Merkel HH. 3 847. Ein solches Versprechen liegt aber auch vor bei der Zusage der Bezahlung einer auf Kredit für die Erfüllung einer Leistung, die Lieferung oder den Verkauf eines Gegenstandes rc. zu kontrahirenden Schuld; Berlin 26. Jan. 76 St. 6 28. Aus dem Worte „mündlich" folgerte Freudenstein WucherG. S. 164 u. Oppenh. N. 8, daß Versprechen „durch schlüssige Hdlgen" nicht in Betracht kämen. Allein zu Unrecht; denn es wird damit offenbar nur der Gegensatz zur Ausstellung einer „Urkunde", also zur ersteren Alternative, bezeichnet und ist deshalb, ähnlich wie im § 49a (das. N. 11_2), damit jedes nicht urkundlich ertheilte Versprechen gemeint; ein durch konkludente Hdlgen ertheiltes steht dem durch Worte ertheilten gleich.

Das Ausstellen- bzw. Einversprechenertheilen-Lassen bedingt keine Initiative des Kreditgewährenden, vielmehr kann dieselbe auch von dem Minderjährigen ausgegangen sein (vgl. §§ 302 N. 2c, 302a N. 11_3); Oppenh. N. 6.

6) Vollendet ist das Verg. in dem Augenblick, wo der Minderjährige die Urk. ausstellte, z. B. das Wechselformular mit seinem Blankoaccept versah, ohne Rücksicht darauf,

daß die Ausfüllung und Begebung des Wechsels erst nachfolgte, oder das Zahlungsversprechen ertheilte. Dem so vollendeten Geschäft gegenüber ist die nachträgliche Genehmigung des Geschäftes durch den Vater rc. (N. 2₂) bedeutungslos; **RG**. III 18. Feb. 82 E. **6** 47.

7) Ein Strafantrag ist nach Abs. 2 Bedingung der Strafverfolgung. Verletzter ist lediglich der Minderjährige, deshalb auch nur dieser antragsberechtigt (§ 61 N. 10); während der Minderjährigkeit greift jedoch § 65 Platz. So die GM.; vgl. auch die Fälle: **RG**. III 18. Feb. 82 E. **6** 47, München 19. Feb. 76 St. **6** 29, wo der Minderjährige als Antragsteller auftrat.

Bezüglich des Beginnes der Antragsfrist führt das cit. **RG**. zutreffend aus, daß dieselbe erst zu laufen beginne, wenn dem Minderjährigen zum Bewußtsein gekommen, daß eine strafb. Ausnutzung seines Leichtsinns oder seiner Unerfahrenheit in gewinnsücht. Absicht vorliege; Hälschner 2 429.

8) Die Strafe ist wahlweise Gefängniß von 1 T.—6 Mt. (§ 46) oder Geldstrafe von 3—1500 M. (§ 27); die für den Nichtbeitreiblichkeitsfall an die Stelle der letzteren tretende Gefängnißstr. darf nach § 29₂ nicht mehr als 6 Mt. betragen.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67₂ in fünf Jahren.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. §§ 73[1], 75[14].

§. 302.

Wer in gewinnsüchtiger Absicht und unter Benutzung des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Minderjährigen sich von demselben unter Verpfändung der Ehre, auf Ehrenwort, eidlich oder unter ähnlichen Versicherungen oder Betheuerungen die Zahlung einer Geldsumme oder die Erfüllung einer anderen, auf Gewährung geldwerther Sachen gerichteten Verpflichtung aus einem Rechtsgeschäfte versprechen läßt, wird mit Gefängniß bis zu Einem Jahre oder mit Geldstrafe bis zu dreitausend Mark bestraft.

Neben der Gefängnißstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Dieselbe Strafe trifft denjenigen, welcher sich eine Forderung, von der er weiß, daß deren Berichtigung ein Minderjähriger in der vorbezeichneten Weise versprochen hat, abtreten läßt.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

PrG. v. 2 März 1857 § 2. Entw. I §§ 264, 265, II §§ 298, 299. Aktenst. Nr. 92, 119 8, 9. **StB. S. 735—738.**

1) Der § 302 enthält zwar materiell einen qualifizirten Fall des § 301 (vgl deshalb das. N. 1—4), nicht aber bildet § 302 formell i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 einen straferhöh. Umst. zum § 301.

2) Die äußere Handlung besteht im Falle des Absatzes 1 darin, daß der Thäter sich von dem Minderjährigen:

a. „unter Verpfändung der Ehre, auf Ehrenwort, eidlich“ (vgl. § 153 N. 1) oder „unter ähnlichen Versicherungen oder Betheuerungen“, d. h. unter solchen, welche eine ähnlich bindende Kraft, wie das Ehrenwort oder der Eid, auszuüben pflegen (Merkel HH. **3** 846; vgl. auch § 302b N. 1, 2c);

b. „die Zahlung einer Geldsumme“ oder „die Erfüllung einer anderen, auf Gewährung geldwerther Sachen“ (worunter keineswegs nur eine analog dem Gelde umlaufende Sache, wie z. B. ein Börsenpapier, sondern vielmehr jede Sache zu verstehen ist, deren Verwerthung gegen Geld möglich ist; so: Merkel aO., Oppenh. N. 2, Rubo N. 3, v. Schwarze N. 5; aM. F. Meyer N. 4) „gerichteten Verpflichtung“, nicht aber, wie im § 301, auch einer solchen auf zu leistende Hdlgen (Hälschner 2 429);

c. „versprechen läßt“ (§§ 301 N. 5 letzt. Abs., 302a f., 331 N. 4b), gleichgültig ob

der Thäter den Minderjährigen zu einem derartigen Versprechen bestimmte oder ob dieser zu demselben sich erbot; Geyer 2 69, Hälschner 2 430.

3) Der Absatz 3 richtet sich gegen den Cessionar, welcher eine Forderung der in N. 2 bezeichneten Art mit Kenntniß des Sachverhalts erwirbt. Das Gesetz unterscheidet zwischen blos formeller und materieller Abtretung nicht, so daß man, namentl. in Berücksichtigung des dem Abs. 3 zu Grunde liegenden Gedankens, auch eine Scheinabtretung wird für genügend erachten müssen; Rubo N. 6.

4) Wegen des nach Abs. 4 erforderlichen Strafantrages vgl. § 301 N. 7.

5) Die Hauptstrafe ist wahlweise Gefängniß von 1 T.—1 J. (§ 16) oder Geldstr. von 3—3000 M. (§ 27). Neben jener kann nach Abs. 2 i. V. mit § 32 VbbER. erkannt werden. Wegen „dieselbe Strafe trifft" (Abs. 3) vgl. § 49a N. 21_2.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73^1, 27.

§. 302a.

Wer unter Ausbeutung der Nothlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Anderen für ein Darlehen oder im Falle der Stundung einer Geldforderung sich oder einem Dritten Vermögensvortheile versprechen oder gewähren läßt, welche den üblichen Zinsfuß dergestalt überschreiten, daß nach den Umständen des Falles die Vermögensvortheile in auffälligem Mißverhältnisse zu der Leistung stehen, wird wegen Wuchers mit Gefängniß bis zu sechs Monaten und zugleich mit Geldstrafe bis zu dreitausend Mark bestraft. Auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

PrStGB. § 263. Entw. I, II (fehlt). Entw. eines G. btr. d. Wucher Art. I § 302a. StB. 1880 Bd. III Aktenst. Nr. 58. StB. 1880 S. 827—837.

Vgl. §§ 302b, 302c.

Zu §§ 302a—d. N. 1—4.

1) Die §§ 302a—d sind zufolge Art. 1 des G. btr. den Wucher v. 24. Mai 1880 (RGBl. S. 109) hinter § 302 eingestellt worden; vgl. deshalb sowie wegen Art. 2 dieses Gesetzes oben S. 5. Der Art. 3 enthält civilrechtl. Bestimmungen.

Durch die nunmehrige Regelung der Materie des Wuchers im StGB. ist das früher in Elsaß-Lothringen gültige und auch durch das StGB. in seiner früheren Fassung nicht beseitigte (ROHG. 7. Sept. 72 Entsch. 24 69) G. über den Gewohnheitswucher (loi relative au délit d'usure) v. 19. Dez. 1850 zufolge Art. II des EG. für Elf.-Lothr. außer Kraft getreten.

2) Die sämmtlichen §§ 302a—d betreffen den Wucher i. w. S. namentl. auch § 302c, wie zweifellos aus Abs. 2 des Art. 3 des G. (s. o. N. 1) erhellt; RG. IV 25. Sept. 88 E. 18 100, Oppenh. § 302c N. 6.

Das Verhältniß der §§. untereinander ist folgendes. Es behandeln: §§ 302a, b den Wucher i. e. S. und zwar § 302a den einfachen, § 302b den qualifizirten Wucher; § 302c das, einfache u. qualifizirte, sog. Mitwuchern; § 302d den gewerbs- u. gewohnheitsmäßigen Wucher im w. S.

3a) Was die Frage betrifft, ob die §§ 302a—d rückwirkende Kraft haben, so ist von der Regel der Nichtrückwirkung neuer Gesetze auszugehen; davon giebt es nur die eine Ausnahme, daß der Gesetzgeber selbst einem Gesetze rückwirkende Kraft besonders beilegt; Göppert-Eck Nichtrückwirkende Kraft der Gesetze (Jena 1884) S. 158. Darnach ist zunächst mit RG. II 26. Apr. 81 E. 4 109 und Mandry Civilr. Inh. d. RGes. S. 491 f. anzuerkennen, daß Art. 3 des WucherG. mit seinem civilrechtl. Inhalt keine rückwirkende Kraft hat, daß folglich vor dem 14. Juni 1880 geschlossene — nach Auffassung des WucherG. wucherische — Verträge gültig sind; aM. Keßler MagfDR. 1 370 ff., der die Begründung des ganzen Urtheils angreift. Schon dies führt zu der Annahme, daß auch die strafrechtl. Vorschriften

der Artt. 1 u. 2 trotz ihres eine entgegengesetzte Deutung zulassenden Wortlautes auf Verträge, welche vor dem Inkrafttreten des WucherG. abgeschlossen wurden, nicht zu beziehen sind. Bestätigt wird dies noch speziell btr. des § 302c durch die Entstehungsgeschichte (vgl das cit. RG. 26. Apr. 81). Ist aber § 302c nicht auf ältere Forderungen zu beziehen, so sicher auch nicht § 302a, da es undenkbar erscheint, daß der Gläubiger selbst, der auf Grund einer solchen Vermögensvortheile sich gewähren läßt, strafbar sei, nicht aber ebenso der schlechtgläubige Erwerber einer Forderung. Darnach bezeichnet „Sichgewährenlassen" offenbar Fälle, in denen Vortheile, ohne an ein vorangegangenes Versprechen geknüpft zu sein, entgegen genommen werden; nicht aber soll damit auf Fälle hingewiesen werden, in denen die „Gewährung" von Vortheilen nach Inkrafttreten des WucherG. auf Grund eines vor dem WucherG. gegebenen Versprechens erfolgte; diese Fälle sollen nicht strafbar sein. So die GM., insbs. RG. II 26. Apr. (s. o.), 30. Dez. 81 R. 3 846. AM. H. Meyer S. 747 N. 22. Ist aber § 302a in diesem S. auszulegen, so steht auch nicht der Wortlaut des § 302c entgegen, darnach den Erwerb einer vor dem Inkrafttreten des WucherG. entstandenen Forderung nebst Weiterveräußerung bzw. Geltendmachung der Vermögensvortheile nicht für strafbar zu erachten; denn § 302c unterstellt mit den Worten „Forderung der vorbezeichneten Art" offenbar eine solche, deren Entstehung strafrechtl. Folgen auch für den ursprünglichen Gläubiger nach sich zieht; so die GM., insbs. das cit. RG. 26. Apr. 81; aM.: v. Liszt S. 498 Merkel S. 341, H. Meyer S. 748 N. 25.

b) Unbestritten ist, daß das Versprechen- o. Gewährenlassen im Falle einer „Stundung", weil sie eine selbständige Hdlg. ist (s. u. N. 7, 14), auch dann unter das WucherG. fallen kann, wenn sie zwar nach Inkrafttreten desselben gewährt wurde, das ursprüngliche Geschäft aber schon vor jenem Zeitpunkt abgeschlossen war; RG. III 13. Juli 81 E. 4 390, Rüd.-St. N. 7.

4) Mit den Vergehen aus §§ 301, 302 kann Idealkonk. (§ 73) eintreten, wenn der Bewucherte ein „Minderjähriger" ist; so: H. Meyer S. 749, Rüd.-St. §§ 302a—d N. 4; aM. Binding 1 354, die verbotene Ausbeutung Anderer sei entweder als Ausbeutung leichtsinniger 2c. Minderjähriger oder als wucherl. Ausbeutung irgend Jemandes strafbar, derartig daß bei Bewucherung eines Minderjährigen allein die schärferen §§ 302a ff. zur Anwendung kämen.

Zu § 302a. N. 5—16.

5) Subjekt des strafb. Wuchers kann ein Jeder sein, namentl. auch ein konzessionirter öffentlicher Pfandleiher (RG. III 5. Jan. 81 E. 3 176; s. u. N. 9_2) oder der Vertreter eines Geldinstitutes 2c. (Rüd.-St. N. 1, v. Schwarze WucherG. S. 42).

Die Thäterschaft ist nicht lediglich auf die Person des Gläubigers selbst beschränkt; entscheidend ist der innere Zusammenhang zwischen der Kapitalshingabe und den Leistungen des Schuldners; ist jener gegeben, so ist es gleichgültig, ob bei dem Abschlusse des Geschäfts der Gläubiger persönlich in den Vordergrund tritt und sich oder, behufs Umgehung des Gesetzes, einem Dritten die Vortheile versprechen läßt, oder ob ein Dritter, etwa in der Rolle des Vermittlers, im gemeinsamen oder auch nur im alleinigen Interesse des Gläubigers die Ausbeutung des Schuldners vornimmt; so: RG. I 19. Jan. 82 (nicht 81), III 25. Jan. 83, E. 5 366, 8 17, Hälschner 2 433, v. Schwarze N. 1 A. 3.

6) Die Handlung selbst erfordert zunächst, daß der Thäter „sich oder einem Dritten (vgl. § 263 N. 48) Vermögensvortheile versprechen oder gewähren läßt" (wg. des letzteren Wortes s. u. N. 11_3). Ueber den Unterschied beider Mischthatbestände s. o. N. 3a.

Die „Vermögensvortheile" brauchen auch hier so wenig wie im § 263 (das. N. 43) in baarem Gelde zu bestehen; RG. II 25. Feb. 90 E. 20 279 (unter V. seien sowohl die gewährten als die seitens des Schuldners versprochenen zu verstehen). Allein da sie zu dem „üblichen Zinsfuße" (N. 9_2) in Beziehung gebracht sind, so müssen sie jedenfalls in Geld schätzbar sein (Freudenstein WucherG. S. 38, Simonson Vortheil S. 84 f.), was namentl. auch Anwendung auf nur bedingt zugesicherte Vermögensvortheile findet, die an sich nicht ausgeschlossen erscheinen; cit. RG. 25. Feb. 90.

Uebrigens liegt ein Vermögensvortheil für den Gläubiger ebenso vor, wenn es um

eine Vermögensentäußerung nicht des Schuldners, sondern eines Dritten im Interesse des Schuldners sich handelt; Freudenstein, Simonson aO. (insbs. btr. der Erlangung der Bürgschaft eines Dritten für den Schuldner).

Mit dem Abschlusse des wucherlichen Geschäftes tritt die Vollendung des Vergehens ein; Hälschner 2 438, Merkel S. 340.

7) Der Thäter muß die Vermögensvortheile „für ein Darlehn oder im Falle der Stundung einer Geldforderung" erlangen wollen. Die Wendung „für die Stundung" wurde, nach v. Schwarze WucherG. S. 53, vermieden, um den Gedanken zum Ausdruck zu bringen, daß ein zeitliches Zusammenfallen zwischen der Zusage der Vermögensvortheile und der Stundung nicht erforderlich sei, was freilich beim Darlehn, wo man jene Wendung beibehielt, ebensowenig der Fall; so auch Hälschner 2 433 u. Simonson Vortheil S. 89. Im übrigen müssen die Vermögensvortheile materiell gleichmäßig das Aequivalent „für" das Darlehn, d. h. für die Hingabe desselben, bzw. für die Stundungsgewährung sein; ein rein persönlicher Nutzen, den ein Dritter bei Gelegenheit des Geschäftsabschlusses sich bedingt, wie z. B. eine Provision für Beschaffung des Darlehns, fällt deshalb nicht nicht unter das WucherG.; RG. I 19. Jan. 82 E. 5 366, Simonson aO. S. 90. Demgemäß ist in der Praxis der erforderliche Zusammenhang ferner mit Recht verneint, wenn der Gläubiger erst bei Rückempfang des Darlehns nicht versprochene Vermögensvortheile sich zusichern oder gewähren läßt (RG. III 25. Mai 81, 4. Jan. 82, E. 4 202, R. 4 14), bzw. wenn ein aus dem wucherl. Darlehnsgeschäfte nicht verpflichteter Dritter die Berichtigung der Darlehnsschuld übernimmt (RG. III 5. Jan. 85 E. 11 388). Dagegen kommt es nicht darauf an, daß das Darlehn wirklich ausgezahlt bzw. von dem Gläubiger nicht in der verabredeten Weise verwendet worden; so bejahte RG. I 27. Okt. 84 R. 6 654 den Zusammenhang in einem Falle, wo der Darlehnsvertrag unter Freigebung des Schuldners von seiner eingegangenen Verbindlichkeit wieder aufgehoben wurde.

8a) Unter „Darlehn" (N. 7) ist, worauf namentl. die Nebeneinanderstellung mit „Geldforderung" (b) sowie der Ausdruck Zinsforderung deutet, lediglich ein Gelddarlehn zu verstehen; so: RG. II 17. Juni 84 E. 10 432, Hälschner 2 432, Oppenh. N. 4, Rüd.-St. N. 6, v. Schwarze WucherG. S. 48, Simonson Vortheil S. 89; aM. Freudenstein WucherG. S. 36. Es ist aber Gegenstand thatsächlicher Prüfung, ob es nach den Umständen des Falles um ein Gelddarlehn sich handelt bzw. ob ein solches unter anderen Geschäften verborgen ist; so das cit. RG. 17. Juni 84 (es könne ein solches auch in der Uebereignung von Wechseln gegen das Versprechen, die Wechselsumme nach bestimmter Zeit zu zahlen, gefunden werden), ferner RG. III 8. Okt. 88 E. 18 181, auch in einer Wechseldiskontirung könne nach Lage des Falles ein Darlehn gefunden werden, wenn die Absicht beim Wechselgeben und -Nehmen auf die Einräumung des zeitweiligen Gebrauches einer Geldsumme, nicht auf definitiven Umsatz der Wechsel gegen Geld gehe. Völlig gleichgültig ist es, ob ein Darlehn aus den eigenen Mitteln des Darleihers gegeben wurde (RG. II 20. Sept. 81, III 25. Jan. 83, E. 5 9, 8 17), bzw. ob der Darlehnsgeber, z. B. ein Pfandleiher, das Darlehn noch durch Hinterlage sichern ließ (so das N. 5 cit. RG. 5. Jan. 81). In der Praxis wurde das Vorliegen eines Dahrlehns beispielsweise:

I. bejaht btr. des Kaufpreises, der bei einem im Gewerbe eines Pfandleihers bzw. Rückkaufshändlers vorkommenden Rückkaufsgeschäfte bezahlt wurde und zwar mit Rücksicht auf GewerbeO. § 34_2 (vgl. § 290 N. 2_2) i. V. mit WucherG. Art. 2 bzw. § 360[12]; RG. III 25. Mai 81 E. 4 202;

II. verneint bei einer in Folge Rückgängigmachung eines erst theilweise erfüllten Vertrages geleisteten Zahlung, durch welche die Löschung einer Hypothek erkauft werden sollte, welche für ein zu gebendes Darlehn bestellt worden war; RG. III 13. Apr. 81 E. 4 104.

b) Was die „Geldforderung" betrifft, so ist deren Entstehungsgrund gleichgültig; Hälschner 2 432. Die gestundete Forderung braucht deshalb namentl. nicht aus einem Darlehn herzurühren; so das cit. RG. 8. Okt. 88.

9) Die Vermögensvortheile müssen „in auffälligem Mißverhältnisse zur Leistung stehen". Mit den hier erwähnten Vermögensvortheilen sind nur diejenigen ge-

meint, welche der Gläubiger sich versprechen läßt (N. 6); nur „Vermögensvortheil" und „Leistung" des Gläubigers sind bei der Frage des „Mißverhältnisses" als Vergleichsfaktoren in Betracht zu ziehen, während die dem Schuldner aus dem btr. Geschäfte erwachsenden Vortheile nur eine der Unterlagen für Bemessung des Werthes und der Bedeutung der „Leistung" des Gläubigers bilden, indem hierbei nicht blos die Höhe der von dem Gläubiger gemachten pekuniären Aufwendungen in Betracht kommt; so: **RG.** III 5. Jan. 85, II 25. Feb. 90, E. **11** 388, **20** 279 (letzteres btr. der Frage, wie die Vergleichung vorzunehmen, wenn ein Darlehn an die Bedingung geknüpft ist, daß der Darlehnsnehmer dem Geber gleichzeitig Lotterieloose abnehme), v. Schwarze WucherG. S. 60, Simonson Vortheil S. 87 (weil das Gesetz aus dem kriminalpolit. Grunde, daß besonders gg. die Gewissenlosgkt. des Gläubigers eingeschritten werden solle, vorwiegend die Gläubigerseite ins Auge gefaßt habe); aM. v. Liszt S. 497 u. v. Lilienthal ZfStRW. 8 208, welche den Vortheil, den das Darlehn dem Schuldner gewährt, in Vergleich ziehen mit den Vortheilen, welche der Gläubiger sich versprechen läßt.

Das „Mißverhältniß" muß dadurch herbeigeführt sein, daß die Vermögensvortheile des Gläubigers „den üblichen Zinsfuß überschreiten"; der „übliche" Zinsfuß ist keineswegs der „gesetzliche" (z. B. HGB. Art. 287), fällt auch nicht nothwendig mit dem für Pfandleiher „bestimmten" Zinsfuß zusammen (§ 360[12] N. c), sondern es ist der am Sitze der Obligation herrschende Durchschnittszinsfuß, d. h. also derjenige, welcher nach den Orts- u. Zeitverhältnissen, wozu auch die allg. Kreditverhältnisse gehören, und nach objektiver Natur, insbs. nach dem Zwecke des Geschäftes, als der gewöhnliche sich darstellt (**RG.** II 17. Mai 92 E. **23** 121), wonach bei kaufm. Geschäften der jeweilige Bankdiskont eine Norm bieten kann. Daß bis zum Höchstbetrage des gesetzlich gestatteten Zinsfußes Niemand, also namentl. auch nicht der konzessionirte Pfandleiher, eines Wuchers sich schuldig machen kann, ist selbstverständlich; vgl. das o. N. 5, cit. **RG.** 5. Jan. 81.

Das vorliegende Mißverhältniß muß ein „auffälliges" sein; es sollte hierdurch nach v. Schwarze aO. S. 61 „in charakteristischer Weise das hier vorausgesetzte Uebermaß der Vortheile gegenüber der Leistung bezeichnet werden".

Für die Frage, ob das bezeichnete Mißverhältniß vorliege, ist lediglich der Ort u. die Zeit des Geschäftsabschlusses entscheidend; Hälschner 2 435, v. Schwarze aO. S. 66, Simonson aO. Im übrigen aber ist das Vorliegen des Mißverhältnisses, wie namentl. aus den Worten „nach den Umständen des Falles" erhellt, wesentlich eine Thatfrage; **RG.** III 13. Juli 81 E. **4** 390. In der Praxis ist „ein auffälliges Mißverhältniß" beispielsweise:

I. verneint, selbst bei einem Zinsfuße von 210%, weil es um ein kleines auf kurze Zeit gegebenes Darlehn (60 M. auf 6 Mt.) sich handelte, wobei die gewöhnliche Zinsberechnung nicht angewendet werden dürfe, weil der Gläubiger eine, durch den normalen Zinsfuß nicht gedeckte, Entschädigung für die Mühe des Hingebens und Rückforderns eines so kleinen Darlehns haben müsse; **RG.** I 10. Jan. 81 E. **3** 218;

II. dagegen bejaht, selbst bei voller Berücksichtigung der eben hervorgehobenen Umstände, schon bei einem Zinsfuße von nur 60—96%, dsgl., bei Berücksichtigung der i. c. vorliegenden Gefahr des Verlustes, bei 69 M. Zinsen von 300 M. für nicht volle 2 Mt.; **RG.** III 13. Juli, II 20. Sept. 81, E. **4** 390, **5** 9.

10) Als objektives Erforderniß muß endlich noch auf Seiten des Schuldners „eine Nothlage, Leichtsinn oder Unerfahrenheit" hinzutreten.

a) Eine „Nothlage" dürfte vom „Nothstande" im vulgären S., nicht in demjenigen des § 54 (das. N. 1), kaum wesentlich verschieden sein (vgl. § 329 N. 3b); aM. **RG.** II 30. Sept. 81 N. **3** 568. Es handelt sich hier aber um einen wirthschaftlichen Nothstand und ein solcher fällt, wie mit dem cit. **RG.** anzuerkennen, mit einer „vollkommenen finanziellen Rath- u. Aussichtslosigkeit, dem absoluten Mangel an Kredit und Zahlungsmitteln" nicht nothwendig zusammen. Nach den Verhältnissen kann vielmehr auch die augenblicklich drängende Noth, die augenblickliche Geldverlegenheit, welche den Darlehnsnehmer zur Aufnahme eines Darlehns nöthigt, genügen, mögen auch die eingeschlagenen Wege dazu nicht als die

äußersten und letzten sich darstellen; RG. II 20. Sept. 81 E. 5 9, 30. Sept. (s. o.), III 2. Nov. 81 R. 3 680. Andererseits ist nicht jeder drohende Nachtheil, den der Schuldner nur durch Inanspruchnahme von Kredit abwenden kann, geeignet, eine „Nothlage" i. o. S. zu schaffen (Hälschner 2 436), weshalb zutreffend das cit. RG. 2. Nov. 81 „die bloße Thatsache einer vielleicht nur vorübergehenden Geldverlegenheit ohne Hinzutritt anderer drängender Umstände, welche den Darlehnssucher als in einer Zwangslage befindlich erscheinen lassen", als den Schluß auf das Bestehen einer Nothlage nicht rechtfertigend erachtete.

Die Nothlage muß eine objektive sein; so die GM. Das bedingt aber nicht mit Nothwendigkeit, daß sie nur auf Grund außerhalb der Person des Kreditsuchenden liegender Umstände angenommen werden dürfe, vielmehr kann sie auch z. B. durch Unkenntniß desselben begründet sein, sei es bezüglich der Benutzung bereiter Hülfsquellen, sei es bezüglich etwaiger nach dem bürgerlichen Rechte zustehender Rechtsbehelfe zur Beschaffung von Mitteln; RG. II 12. Feb. 84 R. 6 106, III 18. Juni 85 E. 12 303. Das objektive Erforderniß kann auch dann vorliegen, wenn der Kredit nur bei einer bestimmten Person, von welcher Stillschweigen zu erwarten steht, nachgesucht wird, während er auch noch bei anderen Personen zu erlangen wäre — dieses aber doch nur unter der Voraussetzung, daß beim Bekanntwerden der ungünstigen Vermögenslage die wirthschaftliche Existenz wirklich gefährdet war, während bei einem nicht begründeten Glauben nur eine — unzureichende — eingebildete Nothlage vorliegen würde; so citt. RG. 30. Sept. 81, 18. Juni 85.

Zu Unrecht verneint der Kom.-Ber. eine Nothlage bei Darlehen zu produktiven Zwecken; auch hier kann eine solche vorliegen, wenn es darum sich handelt, den gewerblichen Betrieb, von dessen Fortsetzung die wirthschaftliche Existenz abhängig ist, aufrecht zu erhalten; so: RG. III 13. Juli 81 E. 4 390, v. Lilienthal HRl. „Wucher" S. 1359, Simonson Vortheil S. 92, selbst v. Schwarze N. 5.

Die Nothlage ist auch für Stundungen als möglich unterstellt, weshalb die Annahme nicht abzuweisen ist, daß für diese Fälle gerade das anderweitig nicht zu hebende Unvermögen des Schuldners zur Zahlung, die Unfähigkeit zur Beschaffung des, behufs Abwendung der Klage und größerer Nachtheile nothwendigen, Geldes als Nothlage gedacht werden; so das cit. RG. 13. Juli 81.

b) „Leichtsinn" ist, nach dem Kom.-Ber., die „rasche und unüberlegte Behandlung von Geschäften, insbs. Geldgeschäften", also namentl. das Sichnichtkümmern um die Folgen; so v. Liszt S. 494 u. jetzt wesentlich übereinstimmend RG. IV 7. Jan 87 G. 35 52, der Begriff sei i. S. des gewöhnlichen Lebens aufzufassen; darnach aber handle leichtsinnig, wer zwar der Folgen seiner Hdlgen sich bewußt sei, ihnen jedoch aus Sorglosigkeit o. aus Mangel genügender Ueberlegung die ihnen zukommende Bedeutung nicht beilege. Maßgebend ist das Verhalten des Schuldners bei dem speziellen Rechtsgeschäfte und dessen Eingehung; v. Lilienthal aO., v. Schwarze WucherG. S. 45. Der Umstand, daß der Schuldner als „leichtsinnig" bekannt sei, bildet also nicht eine nothwendige Voraussetzung; Hälschner 2 437.

c) Die „Unerfahrenheit" läßt insbs. die Uebermäßigkeit des Zinsfußes bei scheinbar geringen Zinssätzen für kurze Zeitfristen nicht erkennen; so der Kom.-Ber. Sie liegt namentl. bei Personen geringerer Bildung vor, ist also wesentlich identisch mit rusticitas; v. Liszt S. 494. Dennoch bildet es keine nothwendige Voraussetzung, daß der Bewucherte ein Mensch sei, der vermöge geistiger Beschränktheit als ein „Unerfahrener" zu bezeichnen sei; Hälschner aO. Die Unerfahrenheit kann nicht blos dann, wenn der Schuldner aus Geschäftsunkenntniß nicht befähigt ist, über die Bedeutung und Tragweite des konkreten Geschäftes, namentl. über die Schwere der Bedingungen, unter denen ihm das Dahrlehn gegeben wird oder die Stundung erfolgt, sich klar zu werden, sondern auch dann angenommen werden, wenn er von der vorhandenen Möglichkeit, auf andere und billigere Weise das Geld, dessen er bedarf, sich zu verschaffen, in Folge mangelnder geschäftlicher oder sonstiger Erfahrung keine Kenntniß hat und in Folge dieser Unkenntniß jene Gelegenheit nicht benutzt, sondern zu der Eingehung des wucherlichen Geschäftes sich entschließt; RG. III 2. Nov. 81 R. 3 680. Dagegen wurde sie mit Recht in einem Falle verneint, wo der Betreffende in Kenntniß

der Richtexistenz eigener Verbindlichkeit „aus Pietät“ gehandelt hatte; so das o. N. 7 cit. RG. 5. Jan. 85.

11) Es muß eine „Ausbeutung der Nothlage, des Leichtsinns o. der Unerfahrenheit“ des Anderen stattgefunden haben; dabei handelt es sich jedoch nur um bloße Modalitäten des Thatbestandes, weshalb eine alternative Feststellung (§ 47 N. 29) zulässig ist; RG. III 18. Juni 88 E. 17 440.

Mit jenem, vorzugsweise die subjektive Willensrichtung ins Auge fassenden, Worte wird die bewußte Ausnutzung des Schuldners zur Erlangung übermäßigen Gewinnes ausgedrückt; RG. I 10. Jan. 81, IV 25. Feb. 87, III 28. Jan. 89, E. 3 218, 15 333, 18 419, II 30. Sept. 81 R. 3 568, v. Liszt S. 497. Da sonach das Wort selbst schon auf die gewinnsüchtige Absicht des Thäters hinweist (so der Kom.-Ber. sowie Hälschner 2 435 u. v. Lilienthal HRl. „Wucher“ S. 1358), so war die spezielle Hervorhebung dieses Moments hier überflüssig, anders als im § 301 (das. N. 2), wo nur von „Benutzung“ die Rede ist.

Ein aggressives Vorgehen des Wucherers, ein selbständiges vorgängiges Verlangen der betreffenden Vermögensvortheile, ist weder durch die Wortbedeutung („Versprechen rc.-Lassen“; vgl. § 301 N. 5 letzt. Abs.) noch durch den Gedanken des Gesetzes erfordert; der formale Gang der Verhandlungen ist gleichgültig; (vgl. §§ 301 N. 5 letzt. Abs., 302 N. 2c); so: cit. RG. 10. Jan. 81, Geyer 2 71, Hälschner 2 433, 338, v. Lilienthal aO.

12) Subjektiv wird nur verlangt die Kenntniß oder Ueberzeugung von der objektiv vorhandenen augenblicklichen Nothlage bzw., was dem gleichsteht, deren bewußte Benutzung zur Erlangung wucherlicher Vermögensvortheile. Deshalb liegt, wenn bei dem bloßen Sichversprechenlassen von Vermögensvortheilen die Absicht nicht dahin geht, das Versprochene sich demnächst zu verschaffen, der Thatbestand des § 302a nicht vor und zwar weder, wenn eine wohlthätige Absicht obwaltete, noch auch bei an sich schlechter (insbs. betrügerischer) Absicht; so: RG. IV 25. Feb. 87 E. 15 333, Simonson Vortheil S. 89; aM. H. Meyer S. 747. Im übrigen kommt es auf eine Kenntniß von der Beschaffenheit der Vermögensverhältnisse des Darlehns- oder Stundungssuchers nur insofern an, als der Darleiher zu prüfen hat, bis zu welchem Betrage er nach Lage der Sache, insbs. mit Rücksicht auf die mit der Darleihung verbundene Gefahr des Verlustes, Vermögensvortheile sich bedingen dürfe, ohne dem Vorwurfe einer Ausbeutung der Nothlage sich auszusetzen; RG. II 20. Sept. 81 E. 5 9.

Da in dem Merkmale „Ausbeuten“ das subjektive Moment bereits zum Ausdruck gekommen ist (vgl. N. 11 u. damit übereinstimmend RG. III 5. Jan. 81 E. 3 176), somit das „Bewußtsein“ des Thäters von der Nothlage rc. des Anderen und der Vorsatz, gerade diese Eigenschaft des Darlehnsbedürftigen für die Gewinnung unmäßiger Vermögensvortheile zu mißbrauchen, zum ausdrücklichen Thatbestandsmerkmale erhoben ist, so führt die Annahme der Unkenntniß von der Nothlage rc. ohne weiteres auch zur Verneinung des erforderlichen Vorsatzes, ohne daß es der Anwendung des § 59 bedarf; RG. III 28. Jan. 89 E. 18 419.

13) Btr. der Theilnahme (Th. I Abschn. 3) gelten die allg. Grundsätze, doch greift hier auch das in N. 4 zum § 301 Bemerkte entsprechend Platz, so daß der Bewucherte selbst eine strafb. Theilnahme nicht begehen kann; so insbs. auch das cit. RG. II 27/30. Nov. 88. Wegen Mitthäterschaft (§ 47) insbs. vgl. o. N. 5_2. Beihülfe (§ 49) seitens eines Vermittlers, der im vorgängigen Einverständnisse mit dem Gläubiger und in dessen Auftrage handelte, wurde angenommen von RG. I 19. Jan. 82 E. 5 366, mit Recht dagegen verneint in einem Falle, wo eine Schuld des als Hauptthäter Angekl. wg. Mangels des subj. Thatbestandes, insbs. des Merkmals der „Ausbeutung d. Nothlage“ (N. 11), nicht vorlag; RG. III 28. Jan. 89 E. 18 419 (vgl. § 49 N. 2).

14) Was die Frage der Ideal- u. Realkonk. mehrerer Wucherfälle anbetrifft, so liegt zunächst in der „Stundung“, nachdem bereits das Dahrlehnsgeschäft selbst ein wucherliches gewesen, eine neue selbständige Hdlg., also Realkonk. (§ 74), vor; so: RG. 13. Juli 81 (s. o. N. 3b), Geyer 2 71, Hälschner 2 439, H. Meyer S. 747 N. 23, Oppenh. N. 17, v. Schwarze WucherG. S. 70; aM. Rüd.-St. N. 14, obschon die Stundung ein selbständiger Akt sei, so hänge doch die Realkonk. vom Dolus ab.

Andererseits muß wiederholtes Entgegennehmen wucherlicher Zinsen auf Grund desselben

Versprechens als eine und dieselbe Handlung aufgefaßt werden; Geyer 2 71, Hälschner 2 439, Oppenh. N. 16, Rüd.-St. N. 14.

Was endlich das Verhältniß des „Sichversprechenlassens" zur Entgegennahme des auf Grund des Versprechens, einmal oder wiederholt, Gewährten betrifft, so wird hier meist ein fortgesetztes Delikt anzunehmen sein (v. Schwarze N. 18a), doch erscheint unter Umständen Realkonkurrenz möglich; aM.: die N. 6 citt. RG., nach welchen das Sichgewährenlassen auf Grund eines vorangegangenen Versprechens garnicht weiter in Frage kommen soll, H. Meyer aO., auch v. Lilienthal HRl. „Wucher" S. 1360, der die Alternative „Berücksichtigung als besondere Delikte" oder „Nichtberücksichtigung" stellt.

15) Wegen des Verhältnisses zum § 360[12] vgl. daselbst N. c.

16) Die Hauptstrafe ist Gefängniß von 1 T.—6 Mt. (§ 16) und damit verbunden Geldstr. von 3—3000 M. (§ 27 N. 1_3). Als Nebenstr. ist nach dem Schlußsatze i. V. mit § 32 fakultativ VbbEN. angedroht.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren. Die Frage nach dem Beginne der Verjährung ist in Uebereinstimmung mit den Ausführungen in N. 6_4, 14 zu beantworten. Folgt dem ursprünglichen wucherl. Darlehnsgeschäfte eine „Stundung", so läuft neben der Verjährung jener Hdlg. die Verjährung dieser letzteren selbständigen Hdlg.; v. Schwarze WucherG. S. 70. Werden auf Grund desselben Versprechens wiederholt wucherl. Vortheile gezogen, so gilt bezüglich der Verjährung dieses fortgesetzten Deliktes das in N. 14c zum § 67 Bemerkte; so: Berner S. 606, Hälschner 2 438, H. Meyer S. 747 N. 24, Oppenh. N. 16, Rüd.-St. N. 13, v. Schwarze aO.; aM. v. Lilienthal HRl. „Wucher" S. 1360, der im Falle, daß die Hdlg. mit dem Sichversprechenlassen beendigt sei (N. 14 aE.), die Verjährung mit dem Tage der Annahme des Versprechens beginnen lassen will, ohne Unterbrechung ihres Laufes durch die demnächst auf Grund desselben gewährten Einzelleistungen.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 302b.

Wer sich oder einem Dritten die wucherlichen Vermögensvortheile (§. 302a) verschleiert oder wechselmäßig oder unter Verpfändung der Ehre, auf Ehrenwort, eidlich oder unter ähnlichen Versicherungen oder Betheuerungen versprechen läßt, wird mit Gefängniß bis zu Einem Jahre und zugleich mit Geldstrafe bis zu sechstausend Mark bestraft. Auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

PrStGB. § 263. Entw. I, II (fehlt). Entw. eines G. btr. d. Wucher Art. I § 302b. StB. 1880 Bd. III Aktenst. Nr. 58.

Vgl. § 302c.

1) Der qualifizirte Wucher aus § 302b (vgl. § 302a N. 1—4) setzt denjenigen Mischthatbestand des einfachen Wuchers in allen seinen Erfordernissen voraus, welcher als Hdlg. das „Sichversprechenlassen" erfordert (§ 302a N. 11_3); denn der straferhöh. Umst. i. S. der StPO. § 262, 264, 266, 295 besteht darin, daß der Wucherer die Vermögensvortheile sich versprechen läßt: a. „verschleiert" oder b. „wechselmäßig" oder c. „unter Verpfändung der Ehre, auf Ehrenwort, eidlich o. unter ähnlichen Versicherungen o. Betheuerungen".

Nicht erforderlich ist, daß dem Schuldner vom Wucherer eine dieser Arten der Sicherung auferlegt wurde, vielmehr genügt es, wenn dieser sie einfach acceptirt, nachdem sie ihm entgegengebracht worden; Rüd.-St. N. 5.

2) Btr. der einzelnen straferhöh. Umst. ist hervorzuheben:

a) Das Wesen der „Verschleierung" besteht darin, daß der wucherliche Inhalt durch die Form eines erlaubten Geschäftes verdeckt wird; das hierzu gewählte Mittel, wie z. B. die Einrückung einer höheren Summe als der in Wahrheit hingegebenen in die Schuldurkunde, o. der gleichzeitige Abschluß eines Kaufvertrages, wobei der Kaufpreis seiner wirthschaftl. Bedeutung nach eine Vergütung f. d. Darlehnsgewährung darstellt, muß das Vorliegen

wucherl. Vermögensvortheile schwer oder garnicht erkennbar erscheinen lassen; RG. III 26. Apr. 82 R. 4 385, I 11. Okt. 88, II 25. Feb. 90, 8. Mai 91, E. 18 332, 20 279, 21 434, Berner S. 607, Geyer 2 71, Hälschner 2 439, v. Schwarze WucherG. S. 72. Dagegen erfordert der Begriff nicht, daß eine Täuschung des Schuldners bewirkt worden sei (dann liegt ev. Betrug vor); so das cit. RG. 11. Okt. 88, welches deshalb Verschleierung auch da annahm, wo der Angekl. den wirklichen Sachverhalt durch den Wortlaut der Schuldurkunden und bzw. Quittungen der Wahrnehmung entzogen hatte. Während in subjektiver Hinsicht der Wucherer (keineswegs nothwendig auch der Bewucherte; cit. RG. 8. Mai 91) der Verschleierung sich bewußt sein muß, bedarf es einer besonderen auf die Verschleierung gerichteten Absicht nicht; so das cit. RG. Gleichgültig ist auch der mit der Verschleierung verfolgte Endzweck; dieselbe kann geschehen, um ev. das Gericht oder um den Schuldner über den wahren Charakter der Vortheile zu täuschen; sie kann auch im Interesse und mit Vorwissen des Schuldners geschehen, um z. B. Angehörige zu täuschen und zur Zahlung der Schuld zu bewegen; v. Schwarze aO.

b) Jede Benutzung der Wechselform genügt zur „wechselmäßigen" Verpflichtung; deshalb trifft die Voraussetzung auch dann zu, wenn ein Wechsel gegeben wurde, dessen Unechtheit dem Wucherer bekannt war; so der Kom-Ber. Dagegen muß die Form eines Wechsels zur Anwendung gebracht sein; so dürfen die Essentialien nach WO. Artt. 4, 96, namentl. die Bezeichnung „Wechsel" nicht fehlen, wenn sie auch erst später vom Wucherer, mit Einwilligung des Schuldners, hinzugefügt werden; so Hälschner 2 440; aM. Freudenstein WucherG. S. 89, der lediglich die Absicht der Kontrahenten, auf der einen Seite, einen Wechsel auszustellen, auf der anderen, einen solchen zu nehmen, für genügend hält. Zur Annahme dieses Thatbestandsmerkmals genügt es nicht, wenn über das Darlehn ein Wechsel ausgestellt wurde, die wucherl. Vortheile dagegen in der Zahlung unverhältnißmäßig hoher Zinsen bei Prolongation des Wechsels bestanden; RG. II 10. Juli 85 R. 7 486.

c) Vgl. § 302 N. 2a. Da übrigens die Vermögensvortheile „auf Ehrenwort" ꝛc. versprochen worden sein müssen, so genügt die Versicherung der Wahrheit von Angaben über persönliche Verhältnisse auf Ehrenwort nicht; Hälschner 2 440 N. 2.

3) Die Hauptstrafe ist Gefängniß von 1 T.—1 J. (§ 16) und damit verbunden Geldstr. von 3—6000 M. (§ 27 N. 1_3). Als Nebenstr. ist nach dem Schlußsatz i. V. mit § 32 fakultativ VdbEN. zulässig.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 302c.

Dieselben Strafen (§. 302a., §. 302b.) treffen denjenigen, welcher mit Kenntniß des Sachverhalts eine Forderung der vorbezeichneten Art erwirbt und entweder dieselbe weiter veräußert oder die wucherlichen Vermögensvortheile geltend macht.

PrStGB. (fehlt). Entw. I, II (fehlt). Entw. eines G. btr. d. Wucher Art. I § 302 c. StB. 1880 Bd. III Aktenst. Nr. 58.

1) Das sog. Mitwuchern (v. Liszt S. 498, während Freudenstein WucherG. S. 109 den Ausdruck „Komplottwucher" gebraucht), erfordert zunächst, daß Jemand „mit Kenntniß des Sachverhalts", d. h. mit Kenntniß von den Vorgängen, durch welche der Forderung der Charakter einer wucherlichen aufgedrückt worden (v. Schwarze WucherG. S. 78), eine Forderung der in den §§ 302a, b bezeichneten Art „erwirbt" (vgl. § 302_3). Auf die Art des Erwerbes kommt nichts an; deshalb genügt an sich auch Erwerb durch Erbgang; so außer dem Kom.-Ber.: v. Schwarze aO. S. 80, Oppenh. N. 3, Rüd.-St. N. 3. Die „Kenntniß" muß bereits bei dem Erwerbe vorliegen; der gutgläubige Erwerber ist nie aus § 302c strafbar, auch nicht bei mala fides superveniens; v. Schwarze aO., v. Lilienthal HRl. „Wucher" S. 1361, Rüd.-St. N. 2.

Der „Erwerb" allein reicht aber nicht hin, weil er auch in wohlwollender Weise, um

den Schuldner aus den Händen des Wucherers zu entreißen, geschehen kann; so der Kom.-Ber. Es wird deshalb noch kumulativ weiter erfordert: a. entweder „Weiterveräußerung" der Forderung, wodurch also dem Erwerber die Disposition unbeschränkt überlassen wird (so der Kom.-Ber.); b. oder „Geltendmachung der wucherlichen Vermögensvortheile". Ohne diese Voraussetzungen, wie z. B. bei einer Geltendmachung des Kapitals und mäßiger Zinsen, macht selbst der schlechtgläubige Erwerber sich nicht strafbar; Geyer 2 72, Hälschner 2 441.

2) Auch der Mitwucher ist ein „einfacher" oder „qualifizirter", je nachdem der ursprüngliche Wucher ein einfacher oder qualifizirter war und dem Erwerber der Forderung im letzteren Falle zugleich Kenntniß von den straferhöh. Umst. (Geyer 2 72, Hälschner 2 441) beiwohnte; denn es sollen den Thäter „dieselben Strafen treffen" (vgl. § 49a N. 21_2), welche die §§ 302a u. b androhen.

3) Wegen Strafe, Verjährung u. Zuständigkeit vgl. §§ 302a N. 16, 302b N. 3.

f. Anfang (gemindert)

§. 302d.

Wer den Wucher gewerbs- oder gewohnheitsmäßig betreibt, wird mit Gefängniß nicht unter drei Monaten und zugleich mit Geldstrafe von einhundertfünfzig bis zu fünfzehntausend Mark bestraft. Auch ist auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte zu erkennen.

PrStGB. § 263. Entw. I, II (fehlt). Entw. eines G. btr. d. Wucher Art. I § 302 d. StB. 1880 Bd. III Aktenst. Nr. 58.

1) Die „Gewerbsmäßigkeit" und die „Gewohnheitsmäßigkeit" bilden, wie im § 260 (das. N. 1 ff.), jede für sich einen i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 straferhöh. Umst. für den Wucher. Mit Recht hat RG. III 30. Juni 84 R. 6 486 es für unerfindlich erklärt, wie als Unterlage für die Feststellung der Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit ein früheres, auch nach dem WucherG. strafloses Thun (ein strafloses Darlehnsgeschäft) benutzbar sein solle.

2) Jene straferhöh. Umst. (N. 1) kommen nicht nur in Betracht für das Verg. aus § 302a, welches dort ausdrücklich als „Wucher" bezeichnet wird, sondern nach dem in N. 2 zum § 302a Bemerkten sowie nach der Stellung des § 302d auch für die Fälle aus § 302b (RG. II 24. Jan. 82 E. 5 369) sowie aus § 302c; RG. IV 25. Sept. 88 E. 18 100, Oppenh. N. 2, Rüd.-St. N. 2, Freudenstein WucherG. S. 101 N. 1. Da aber § 302d nicht unterscheidet, ob der „betriebene Wucher" ein einfacher oder ein qualifizirter war, so kommt es beim gewerbs- o. gewohnheitsm. Wucher nur für die Strafzumessung in Betracht, ob alle oder einzelne Fälle desselben als solche sich darstellen, bei welchen der Wucherer die Vermögensvortheile verschleiert oder wechselmäßig rc. sich versprechen ließ.

Daß zur Feststellung der Gewohnheitsmäßgkt. die wiederholte Erhebung wucherlicher Vortheile aus demselben Geschäfte nicht genügen kann, folgt aus der Ausführung in N. 14_2 zum § 302a; Berner S. 608, v. Lilienthal HRl. „Wucher" S. 1360, Oppenh. N. 3.

Da die „gewinnsüchtige Absicht" in der Natur des Wuchers liegt (§ 302a N. 11), so ist der gewohnheitsm. Wucher stets auch ein gewerbsm.; Berner aO., Oppenh. N. 2. Es treffen dann beide Qualifikationsgründe zusammen; vgl. § 260 N. 9.

3) Die Hauptstrafe ist Gefängniß von 3 Mt.—5 J. (§ 16) und damit verbunden Geldstr. von 150—15 000 M. (§ 27 N. 1_3). Als Nebenstr. ist ausnahmsweise obligatorisch nach dem Schlußsatz i. V. mit § 32 (das. N. 3_2) VbdER. angedroht; doch gilt auch für diesen Ausnahmefall die allg. Voraussetzung des § 32 (das. N. 5), daß die — im Falle der Beihülfe (§ 49) — verhängte Gefängnißstrafe die Höhe von 3 Mt. erreicht (§ 181 N. 8_2); RG. I 6. Mai 89 E. 19 203.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73[1], 27.

Änd. § 302e (Anfang) G. v. 19/6 93.

Sechsundzwanzigster Abschnitt.

Sachbeschädigung.

1) Während der entsprechende Tit. 26 des PrStGB. „Vermögensbeschädigung" überschrieben war, ist im RStGB. mit Recht die Ueberschrift „Sachbeschädigung" gewählt worden; einerseits gehört die Beschädigung eines — fremden — Vermögens zum Thatbestande im übrigen höchst verschiedenartiger Delikte, andererseits handelt es sich im Abschn. 26 lediglich um die Beschädigung einer Sache (§§ 303 N. 1, 304 N. 1, 305 N. 1), die begrifflich nicht einmal eine Vermögensbeschädgg. zu enthalten braucht (§ 303 N. 4), abgesehen davon, daß im Falle des § 304 selbst eine eigene Sache das Objekt des Verg. bilden kann (das. N. 1 b). Wenn trotzdem die „Sachbeschädigung" nicht nur im unmittelbaren Anschluß an die sog. Vermögens- o. Eigenthumsdelikte behandelt wird, sondern i. S. des Gesetzgebers wohl geradezu diesen zuzuzählen ist (vgl. oben Th. II N. 1 sowie HH. 3 Inhaltsübersicht S. X ff.), so erklärt sich dieses a potiori, da das Verg. der Sachbeschädgg. nur ausnahmsweise nicht gleichzeitig die Beschädigung eines fremden Vermögens involviren wird.

2) Die Materie der Sachbeschädgg. ist im Abschn. 26 im vollen Umfange geregelt; Binding 1 321. Es darf deshalb, da seine Strafsanktionen nur gegen vorsätzliche Sachbeschädggen sich richten (§§ 303 N. 8, 304 N. 4, 305 N. 5), die fahrlässige Sachbeschädgg. nur insoweit durch landesgesetzliche Vorschriften unter Strafe gestellt werden, als diese, namentl. in den Forst- u. Feldpolizeigesetzen, durch EG. § 2₂ aufrecht erhalten sind (vgl. das. N. 5, 10 b); Binding aO. S. 316 N. 1.

Demgemäß ist zwar die gegen fahrl. Beschädgg. gerichtete Nr. 19 der zusätzlichen Vorschriften zum PrChausseegeldtarif v. 29. Feb. 1840 in Kraft geblieben (Berlin 19. Feb. 74 G. 22 56), dagegen sind die Strafvorschriften des BadPolStG. v. 31. Okt. 1863 gegen „muthwillige" Beschädigungen für aufgehoben zu erachten (RG. I 9. Nov. 82 R. 4 797).

§. 303.

Wer vorsätzlich und rechtswidrig eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, wird mit Geldstrafe bis zu eintausend Mark oder mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

Ist das Vergehen gegen einen Angehörigen verübt, so ist die Zurücknahme des Antrages zulässig.

PrStGB. § 281. Entw. I § 281, II § 300. Aktenst. 1875/76 Nr. 145. StB. 1875/76 S. 830—833.

1) Als Objekt (s. o. Abschn. 26 N. 1) der im § 303 behandelten sog. einfachen Sachbeschädgg. kommt nur eine „Sache" i. S. von „körperlicher Gegenstand" (vgl. §§ 137 N. 1, 242 N. 3) in Betracht; so die GM., insbs. RG. III 19. Okt. 85 E. 13 27, IV 4. März 87 R. 9 171.

Ob die Sache eine bewegliche oder, im natürl. o. rechtl. S., eine unbewegliche ist, erscheint unerheblich, so daß an sich auch „Grund und Boden" Gegenstand einer Sachbeschädgg. sein kann (vgl. jedoch u. N. 12 f. sowie §§ 368[1], 370[1,2]); so die GM., insbs.: cit. RG. 4. März 87, München 22. Juli 76, 14. Apr. 77, St. 6 372, 7 175. Unter jenen kommen übrigens namentl. auch die sog. Moventien, die lebenden Thiere, in Betracht; vgl. Dresden 3. Apr. 71 St. 1 43 sowie die u. N. 7 b citt. Entsch.

Die Sache kann ferner eine einfache oder eine zusammengesetzte sein; cit. RG. 4. März 87 (btr. eines Brunnens, d. h. eine aus einem Pumpwerke und einem Wasserbehälter bestehende einheitl. Anlage). Dabei ist es gleichgültig, ob das „Sachganze" auf natürlicher oder künstlicher Verbindung beruht; so: Berlin OAG. 27. Apr. 72 St. 1 308 (btr. eines Bienenschwarmes), v. Liszt S. 462, Schütze S. 499 N. 6; aM. Meves N. 5 A. 1, eine universitas facti sei keine individuelle S.

Daß die Sache einen in Geld anzuschlagenden Vermögenswerth habe, ist nicht nothwendig (s. u. N. 4); so die GM., insbs.: RG. III 21. Apr. 80 R. 1 640 (das noch nicht vollzogene Exemplar eines Postbehändigungsscheines könne Objekt einer Sachbeschädgg. sein), Dresden 26. Apr. 78 St. 8 283. Es kann jedoch möglicher Weise die Werthlosigkeit des Objekts das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ausschließen (N. 9). Weiter geht aber RG. III 14. Feb. 84 E. 10 120 (vgl. dagegen v. Liszt S. 438 N. 1), es werde zwar nicht eine Sache erfordert, welche einen in Geld abschätzbaren Vermögenswerth habe, wohl aber müsse die Erhaltung der Sache durch das Interesse, welches der Eigenthümer an ihr nehme, von Werth für ihn sein; bei völliger Werth- und Bedeutungslosigkeit könne in der Beschädgg. nicht ein Eingriff in eine fremde Herrschaftssphäre gefunden werden; ähnlich H. Meyer S. 622, während Geyer 2 41 fordert, daß die Sache irgend ein „Interesse" für den Eigenthümer habe; vgl. ferner Merkel S. 316, der als Hdlg. (s. u. N. 3 u. 4₂) „eine werthvermindernde Veränderung" der Sache ansieht.

2) Ein weiteres Erforderniß des Objektes der Sachbeschädgg. ist, daß die Sache eine „fremde" sei, weshalb § 242 N. 10, namentl. die das. zu a u. c citirten den § 303 betreffenden Entsch. zu vergleichen.

Bezüglich einer im Miteigenthum des Thäters stehenden Sache vgl. entsprechend der Ausführung in N. 11 zum § 242: RG. II 25. Sept. 85 E. 12 376, Berlin 22. Sept. 75, Stuttgart 5. Juli 76, St. 6 36, 369.

3) Was die Handlung selbst (N. 3—8) betrifft, so kommt nach § 303 ein Mischthatbestand in Betracht, indem sowohl die „Beschädigung" (N. 4), als auch die „Zerstörung" (N. 5) einer fremden Sache mit Strafe bedroht ist; vgl. übrigens o. N. 1₄.

4) Unter „Beschädigung" einer Sache ist begriffsmäßig nur eine solche Einwirkung auf dieselbe zu verstehen, durch welche die Substanz der Sache alterirt, ihre Unversehrtheit aufgehoben wird; RG. III 19. Okt. 85 E. 13 27, IV 4. März 87 R. 9 171, II 28. Juni 89 (mit der Ausführung, daß eine Beschädgg. einer Schrift zugleich eine Verfälschung derselben enthalten könne; s. u. N. 12a), I 31. März 90 (B. einer Brücke ihrer Substanz nach durch Wegnahme einer auch nur lose aufgelegten Bohle), E. 19 319, 20 353. Demgemäß ist in der Praxis mit Recht Sachbeschädgg. einer Urk. in einem Falle angenommen, wo aus Akten ein Protokoll herausgeschnitten war, trotzdem die dadurch bewirkte Beeinträchtigung der Beweiskraft durch Wiedereinkleben wenigstens zum Theil wieder beseitigt wurde; RG. III 10. Mai 82 R. 4 470 (btr. § 348); ferner Beschädgg. einer Dampfmaschine, auch bei völliger Unversehrtheit aller ihrer Theile u. des Zusammenhanges der Theile, weil durch Einklemmen fremder Gegenstände, die durch Herausziehen wieder beseitigt werden konnten, die Maschine „als solche", d. h. als ein ihrer Bestimmung gemäß zusammenwirkendes Ganzes, eine substantielle Veränderung erfahren hatte; RG. II 17. Jan. 90 E. 20 182.

Dagegen fällt die Vornahme einer Hdlg. mit einer Sache, welche dieselbe substantiell intakt läßt, auch dann nicht unter den Begriff der Sachbeschädgg., wenn der Eigenthümer durch die Hdlg. einen Vermögensschaden erleidet, wenn insbs. die Sache dadurch für ihn werthlos oder seinem Eigenthume entzogen werden sollte, wie z. B. durch Werfen eines Ringes in einen Fluß oder durch Fliegenlassen eines Vogels; so: das cit. RG. 19. Okt. 85, Geyer 2 41, Hälschner 2 387, v. Liszt S. 462, Merkel S. 316, HRl. „Sachbesch." u. HH. 3 853, H. Meyer S. 625, F. Meyer N. 8, Rubo N. 5, Rüd.-St. N. 7; aM., abgesehen von Lüder Vermögensbesch. S. 76: Schütze S. 499 N. 7, Blum N. 5, v. Kirchmann N. 1, Meves N. 12, 13, Oppenh. N. 8, Puchelt N. 6, v. Schwarze N. 6, Ziebarth Forstr. S. 389, welche durch eine extensive Auslegung, die gegenüber dem an sich klaren Ausdruck „eine Sache beschädigen" nicht gerechtfertigt ist, eine Lücke der Gesetzgebung (vgl. § 2 N. 4) zu beseitigen suchen, indem sie auch die zuletzt gedachten Hdlgen als Sachbeschädgg. bestrafen wollen. Es wird hierbei gleichzeitig unberechtigter Weise der Gesichtspunkt der Vermögensbeschädgg. hineingetragen, während die GM., insbs. Berlin 9. Okt. 73 St. 3 231 (aM. freilich Lüder aO. S. 80 u. Merkel S. 316) andererseits anerkennt, daß die Sachbeschädgg. keineswegs eine Vermögensbeschädgg. mit sich zu führen braucht, ja daß sogar eine in Folge besonderer Verhältnisse eingetretene Wertherhöhung (vgl. H. Meyer S. 625) den Thatbestand der Sachbe-

schädgg. nicht ausschließt; vgl. auch o. N. 1₄. Das cit. RG. 19. Okt. 85 weist noch darauf hin, daß die weitergehende Bestimmung des BadStrafG., wonach auch derj. straffällig, der eine Sache auf andere Weise als durch Beschädgg. für den Eigenthümer werthlos mache, offenbar bewußterweise in das StGB. nicht aufgenommen sei.

In Uebereinstimmung hiermit ist das Vorliegen einer Sachbeschädgg. mit Recht verneint beim Herabdrücken des Marktpreises einer Sache, namentl. des Kurswerthes von Kreditpapieren, weil hier die, von der GM. geforderte, physische Einwirkung auf die Sache fehlt; Merkel HRl. „Sachbesch."

Zweifelhaft ist, ob das „Beschmutzen" einer Sache eine Beschädgg. derselben enthalte; unter Umständen wird eine Sachbeschädgg. anzunehmen sein (Schütze S. 499 A. 7), dann nämlich, wenn der Schmutz selbst die Sache angreift, wie solches beim Beschmutzen von Wäsche stets, beim Beschmutzen von Metall nur ausnahmsweise der Fall sein wird; dagegen ist es unrichtig, wenn Oppenh. N. 8 u. v. Schwarze N. 6 (letzterer wegen der „vorübergehenden Beschränkung des Gebrauchswerthes") ohne weiteres jede Beschmutzung als Sachbeschädgg. ansehen. Mit Recht nahm das o. N. 1 cit. RG. 4. März 87 Beschädgg. eines Brunnens durch Einschütten von Koth in sein Bassin an.

Bei einer zusammengesetzten Sache (N. 1₃) ist allerdings auch eine Beschädgg. ohne Beschädgg. der einzelnen Theile denkbar, dann nämlich, wenn die Wiedervereinigung der auseinander genommenen Theile besonders schwierig bzw. sogar unmöglich gemacht ist, so daß sogar eine Zerstörung (N. 3) des Sachganzen vorliegen würde; so das cit. RG. 19. Okt. 85 (welches aber i. c. die Beschädgg. eines Stauwerkes durch Herausnahme seiner Bretter aus den Fachsäulen deshalb verneinte, weil dieses eine Manipulation sei, die der Eigenthümer selbst jedesmal vornehme, wenn er nicht wässern wolle), Darmstadt OLG. 6. Aug. 90 G. **39** 75.

5) Wegen „Zerstörung" vgl. § 125 N. 3c. Da die Zerstörung ein höherer Grad der Beschädgg. (N. 4) ist, so muß, was von dieser gilt, auch auf jene Anwendung finden.

Die Zerstörung kann namentl. durch Inbrandsetzung verursacht werden; RG. I 1. Feb. 92 E. **22** 325, das im übrigen mit Recht für unerheblich erklärt, ob der Erfolg auch ohne die eigene Thätigkeit des Angekl. eingetreten sein würde (i. c. durch Fortbrennen des in Flammen stehenden Gebäudes). Ferner bei Thieren durch Vergiftung; Dresden 3. Apr. 71, 12. Apr. 78, St. **1** 43, 8 281; vgl. § 324 N. 2.

6) Für beide Alternativen gilt gleichmäßig, daß, wenn die Hdlg. auch nicht durch den Eigenthümer selbst begangen werden kann (N. 2), dennoch der Nichteigenthümer des Eigenthümers als Werkzeuges, bei Täuschung desselben, sich bedienen kann; eine Ausschließung dieses allg. Grundsatzes wird durch die Natur des Deliktes keineswegs bedingt; so die GM.; aM. v. Schwarze N. 3.

7) Die Beschädigung o. Zerstörung der Sache muß „rechtswidrig" sein, d. h. gegen das objektive Recht verstoßen (vgl. §§ 242 N. 32, 246 N. 18, 263 N. 45); die ausdrückliche Hervorhebung dieses objektiven Merkmals ist hier ebenso überflüssig wie im § 239 (das. N. 8b); denn es ist selbstverständlich, daß eine rechtmäßige Sachbeschädgg. eine strafb. Hdlg. nicht sein kann; Binding Normen **1** 214 f.

Die Rechtswidrigkeit kann, wie die GM. annimmt, namentl. durch die Einwilligung des Eigenthümers oder seines Vertreters ausgeschlossen sein, ferner aber durch gesetzliche Vorschriften. Als reichsrechtliche Normen kommen, abgesehen vom § 53 (das. N. 12b; vgl. dagegen § 54 N. 5), namentl. auch HGB. §§ 565, 708[1], 857 sowie SeemannsO. § 75₂ (über den sog. Seewurf 2c. sich verhaltend) in Betracht. Unter den landesrechtlichen Bestimmungen sind, außer denjenigen über die Befugnisse der Polizei (vgl. auch NahrungsmittelG. § 4₃), insbs. hervorzuheben:

a. diejenigen über das eheliche Güterrecht, namentl. die Befugnisse des Ehemannes; Meves N. 5. Hier hat RG. II 25. Sept. 85 E. **12** 376 mit Recht angenommen, daß nach PrALR. (insbs. II 1 §§ 377 ff.) die Zerstörung gütergemeinschaftl. Sachen durch den Ehemann eine rechtswidrige sei, wenn die Zerstörung in der Absicht geschehen, die Ehefrau in ihren Rechten an der Sache zu kränken;

b. diejenigen über die Selbsthülfe; vgl. z. B. Berlin 7. Sept. 76, 28. Juni 77, O. **17** 548, **18** 490 btr. Fälle, in denen die Selbsthülfe für berechtigt erachtet wurde. Ob dieselbe erlaubt und somit die Rechtswidrigkeit zu verneinen sei, ist namentl. bei der Tödtung umherlaufender Hunde seitens Jagdberechtigter zur Erörterung gekommen; vgl. btr. GR. Berlin 19. Dez. 77 St. 8 282, btr. PrALR.: **RG.** III 17. Dez. 81 R. 3 810, Berlin 23. März 78 O. **19** 158, btr. verschiedener PrProvinzialrechte: **RG.** II 24. Okt. 82 E. **7** 128, Berlin 30. Dez. 73, 8. Mai 74, 1. Okt. 75, 1. Nov. 76, 23. März 78, 15. Mai 79, O. **14** 788, **15** 296, **16** 622, **17** 708, **19** 158, **20** 264, sowie btr. des PrRechtes überhaupt: Dalcke Jagdr. S. 111 f., Wagner Jagdgesetzgbg. S. 150ff.

8) Das Gesetz bezeichnet die Hdlg. als eine „vorsätzliche"; demnach genügt die Verwirklichung des Thatbestandes mit dem Bewußtsein von allen Deliktsmerkmalen, während eine auf Herbeiführung der Beschädgg. gerichtete Absicht nicht vorausgesetzt wird (s. auch u. N. 10); **RG.** IV 29. Okt. 86 E. **15** 12. Durch die ausdrückliche Hervorhebung der „Vorsätzlichkeit" der Hdlg. hat namentl. die Straflosigkeit der fahrlässigen Sachbeschdgg. klar gestellt werden sollen (Abschn. 26 N. 2); keineswegs aber hat, wie Meves N. 7 A. 2 annimmt, der eventuelle Dolus (§ 59 N. 6) ausgeschlossen werden sollen, da es zu einer solchen Abweichung von dem allgemeinen Grundsatze, daß der dolus eventualis dem dolus directus gleichstehe, an jedem inneren Grunde fehlen würde; so sachlich auch Berlin 5. Dez. 73 St. **3** 379, 6. Apr. 76 O. **17** 260, wenn auch nicht mit glücklichem Wortausdruck (vgl. Hälschner **2** 389 N. 1).

Der Vorsatz, welcher nicht nur auf die Beschädgg. „einer Sache" überhaupt, sondern gerade auf diejenige „einer fremden Sache" gerichtet sein muß, wodurch der Dolus im Falle des § 303 seine eigenthümliche, ihn vom Dolus in einem anderen Falle der Sachbeschädgg. (§ 304 N. 4) unterscheidende Richtung erhält, ist in der Praxis z. B.

a. bejaht von Berlin 6. Apr. 76 O. **17** 260 (Vergiftung von Federvieh des Nachbars durch Streuen von Gift auf das eigene Grundstück);

b. verneint (und zwar schon hinsichtlich der Beschädgg. überhaupt) von: **RG.** III 21. Apr. 80 R. **1** 640 (Zusammenballen eines bei Zustellung eines amtlichen Erlasses zum Vollzuge vorgelegten Postbehändigungsscheines), Stuttgart 2. Juni 75, München 14. Apr. 77, St. **5** 156, **7** 185.

9) Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit wird bei der Sachbeschädgg., weil der Gesetzgeber es hier für angemessen erachtet hat, das Thatbestandsmoment der objektiven Rechtswidrigkeit ausdrücklich hervorzuheben (N. 7), allgemein erfordert (§ 59 N. 30); so insbs.: **RG.** II 12. März 89 E. **19** 87 (btr. § 304), Dresden 17. Juli, 2. Dez. 72, Berlin 5. Dez. 73, St. **2** 126, 244, **3** 379. Die GM. steht hier auch nicht an, selbst dann, wenn das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit durch einen Rechtsirrthum ausgeschlossen ist, das Vorliegen des Verg. der Sachbeschdgg. zu verneinen; so insbs.: **RG.** IV 26. März 89 E. **19** 209, Berlin 6. Apr. 76 O. **17** 260 (beide btr. Irrthum über die Grenzen der erlaubten Selbsthülfe, insbs. über die Befugniß zur Tödtung von Hunden; o. N. 7b). In concreto wurde das Bewußtsein z. B. mit Rücksicht auf die Werthlosigkeit des Objektes verneint; so das N. 8b cit. **RG.** 21. Apr. 80.

10) Der mit der Hdlg. verfolgte Zweck, welcher offenbar für die Strafzumessung ins Gewicht fällt, ist für den Deliktsthatbestand gleichgültig; München 14. Apr. 77 St. **7** 185. Deshalb kann das Verg. der Sachbeschädgg. sehr wohl vorliegen, wenn sie lediglich zur Vorbereitung eines anderen Deliktes diente; s. u. N. 12b sowie § 73 N. 10 II b7.

11) Der Versuch (§ 43) ist im Absatz 2 für strafbar erklärt. Uebrigens liegt, wie zutreffend angenommen ist, vollendete und nicht blos versuchte Sachbeschädgg. vor, wenn eine Beschädgg. der Sache eintrat, mochte sie auch nicht den beabsichtigten Umfang erreicht bzw. nicht zur Zerstörung geführt haben.

12) Das Verhältniß zu anderen §§. btr., so kommt namentl. in Betracht dasjenige:

a. zum § 133; soweit der Thatbestand durch Vernichtung o. Beschädigung erfüllt wird (das. N. 4), kann Idealkonk. (§ 73) vorliegen, falls der „Gegenstand" ein fremder ist; dahin

führt auch die Konsequenz des o. N. 4 cit. RG. 28. Juni 89; aM. H. Meyer S. 686 N. 4, der Ausschluß des § 133 durch § 303 annimmt;

b. zu den §§ 242, 243 bzw. § 246; abgesehen von dem Falle eines schweren Diebst. mittels Einbruchs (§ 243[2]), welcher begrifflich den Thatbestand der Sachbeschädgg. in sich schließt und somit konsumirt (vgl. jedoch das § 243 N. 17 cit. abweichende RG. 29. Okt. 86), kann eine Sachbeschädgg. als eine selbständige Hdlg., wie zur Vorbereitung anderer Strafthaten (N. 10), so namentl. auch zur Vorbereitung eines Diebst. dienen und mit diesem in Realkonk. (§ 74) treten; RG. III 27. Apr. 81 R. 3 251; umgekehrt kann aber auch ein Diebst. an einer Sache begangen werden, um dieselbe zu zerstören (vgl. § 242 N. 30c), in welchem Falle aber die demnächstige Zerstörung selbst nicht als Sachbeschädgg. strafbar ist, da in ihr alsdann nur die Verwirklichung der von vornherein beabsichtigten Zueignung zu finden ist (§ 242 N. 33); dasselbe gilt im Falle der Unterschl. einer Sache, wobei die Zerstörung nur als Ausführungsakt zur Verwirklichung des Unterschlaggsvorsatzes erscheint (§ 246 N. 11, 12); RG. FS. 12. Sept. 88 R. 10 488;

c. zum § 274[1]; der dort aufgestellte Thatbestand, insofern er die Vernichtung oder Beschädgg. einer Urk. betrifft (§ 274 N. 4, 5), ist — hinsichtlich des Objektes — ein engerer als derjenige des § 303 und schließt somit diesen aus;

d. zum § 299, soweit die Beschädgg. des verschlossenen Schriftstücks der Eröffnung desselben dient, geht sie im Verg. des § 299 unter; eine weiter gehende Beschädgg. kann mit letzterem in Konkurrenz treten; so Binding 1 369;

e. zu den §§ 304 (das. N. 6b), 305 (das. N. 5), 306 (das. N. 12c), 308 (das. N. 9b), 318 (das. N. 1$_2$), 370[6] (das. N. a);

f. zu den durch EG. § 2$_2$ aufrecht erhaltenen „besonderen Vorschriften"; soweit dieselben Strafbestimmungen gegen Beschädggen fremder Sachen, insbs. auch von fremdem Grund u. Boden, enthalten, gehen diese als speziellere dem § 303 vor. Im Großh. Baden bestehen jedoch solche die Anwendbarkeit des § 303 beschränkende feldpoliz. Vorschriften nicht mehr; RG. I 9. Nov. 82 E. 7 396.

13) Nach Absatz 3 tritt die Verfolgung nur auf Antrag ein (§§ 61 ff).

a) Antragsberechtigt ist der durch die Sachbeschädigung Verletzte (§ 61 N. 10). Das ist zweifellos stets der Eigenthümer bzw. bonae fidei possessor; es ist aber auch nur dieser. Der § 303, bei welchem ausschließlich die Antragsberechtigung in Frage kommt, bezweckt lediglich den Schutz des Eigenthums (vgl. Abschn. 26 N. 1), wie daraus erhellt, daß nur die Beschädigung einer fremden Sache (N. 2) mit Strafe bedroht wird, somit gegen die Sache gerichtete Hdlgen des Eigenthümers zur Wahrung an der Sache begründeter Interessen Anderer, namentl. dinglich Berechtigter, niemals aus § 303 zur Verantwortung gezogen werden können. So: Binding 1 620, Geyer 2 42, Hälschner 2 389, v. Liszt S. 463, Merkel S. 317 u. HH. 4 363 (vgl. jedoch HH. 3 854), H. Meyer S. 628, Reber Antragsdel. S. 401, Herzog GS. 26 209, auch wohl Keßler Einwillgg. d. Verl. S. 66. Häufig, vorzüglich aber in der Praxis, wird der Kreis der antragsberechtigten Personen weiter gezogen. So wird namentl. für antragsberechtigt erachtet der an der Sache dinglich Berechtigte, sofern er durch die Beschädgg. in seinen Rechten gleichfalls beeinträchtigt ist; v. Bar G. 19 648; ferner derjenige, welcher nur ein persönliches Recht auf die Sache (ein sog. Recht zur Sache) hat, vorausgesetzt daß er durch die Sachbeschädgg. unmittelbar selbst in seinem Rechte geschädigt wird; so: Nessel Antragsber. S. 29, Schütze S. 498 N. 5, Rubo N. 8, Oppenh. N. 16, Rüd.-St. N. 10, v. Schwarze N. 14; ferner RG. das neben dem Eigenthümer jeden für antragsberechtigt erklärt, dessen Rechte durch die Beschädgg. unmittelbar verletzt worden sind, so insbs. III 22. Juni 81 E. 4 326, I 18. Juni 83 E. 8 399, II 28. Nov. 84 R. 6 766. Im Einzelnen ist in der Praxis für antragsberechtigt erachtet:

α. derjenige, dem vertragsmäßig das Recht eingeräumt war, an den Wandpfeilern eines Hauses durch Malerei Firmenschilder anbringen zu lassen, gegenüber einer Beschädigung der letzteren; RG. II 12. März 80 E. 1 306;

β. der Leiher der beschädigten Sache; RG. III 22. Juni 81 E. 4 326;

γ. der Pächter bzw. Miether der beschädigten Sache; RG. 28. Nov. 84 (s. o.; speziell btr.

der von ihrem Ehemanne getrennt in selbstgemiethеter Wohnung wohnenden Ehefrau gegen den die Wohnung beschädigenden Ehemann), München 18. Aug. 76 St. **6** 370, Berlin 5. Feb. 79 O. **20** 64;

δ. derjenige, welcher an, unbefugt vorgenommenen, Pflanzungen auf fremdem Grund und Boden einen persönl., wenn auch durch den Willen des Nutzungsberechtigten bedingten, Anspruch hat, gegenüber der Beschädgg. der Pflanzungen; Berlin 18. Dez. 77 O. **18** 795; während mit Recht verneint ist, daß ohne weiteres der Bewohner eines beschädigten Hauses, als solcher, antragsberechtigt sei; Berlin 5. Juni 78 O. **19** 301.

b) Wegen kumulativer Antragsberechtigung mehrerer Miteigenthümer vgl. § 61 N. 59. Jeder der Miteigenthümer hat das Antragsrecht selbständig, namentl. auch gegen den beschädigenden Miteigenthümer (N. 2$_2$); Stuttgart 5. Juli 76 St. **6** 369.

c) Btr. der durch Abs. 4 bedingt gestatteten Zurücknahme des Antrages vgl. § 232 N. 4.

14) Die Strafe des vollendeten Verg. ist wahlweise Geldstr. von 3—1000 M. (§ 27) oder Gefängniß von 1 T.—2 J. (§ 16); jene kann, als „an erster Stelle" angedroht, gemäß § 28$_2$ (das. N. 6b) für den Nichtbeitreiblichkeitsfall auch in Haft umgewandelt werden.

Der Versuch (N. 11) ist nach § 44, insbs. Abs. 4, zu bestrafen.

15) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67$_2$ in fünf Jahren.

Zuständig ist, wenn der Schaden 25 M. nicht übersteigt (§ 47 N. 32), **SchöffenG.**, sonst, insbs. in allen Fällen, wo dieser Werth nicht festgestellt werden kann (namentl. im Falle des Versuchs; § 44 N. 13), **StrafK.** bzw. **SchöffenG.**; GVG. §§ 27[7]; 73[1], 75[12].

§. 304.

Wer vorsätzlich und rechtswidrig Gegenstände der Verehrung einer im Staate bestehenden Religionsgesellschaft, oder Sachen, die dem Gottesdienste gewidmet sind, oder Grabmäler, öffentliche Denkmäler, Gegenstände der Kunst, der Wissenschaft oder des Gewerbes, welche in öffentlichen Sammlungen aufbewahrt werden oder öffentlich aufgestellt sind, oder Gegenstände, welche zum öffentlichen Nutzen, oder zur Verschönerung öffentlicher Wege, Plätze oder Anlagen dienen, beschädigt oder zerstört, wird mit Gefängniß bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu eintausendfünfhundert Mark bestraft.

Neben der Gefängnißstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Der Versuch ist strafbar.

PrStGB. § 282. Entw. I § 282, II § 301.

1) Das Objekt der qualifizirten Sachbeschädgg. ist zwar, wie dasjenige der einfachen aus § 303 (das. N. 1), eine „Sache", allein der Thatbestand des § 304 unterscheidet von demjenigen des § 303 sich dadurch, daß:

a. nur bestimmte Sachen als Objekt in Betracht kommen (N. 2),

b. daß diese Sachen keine „fremden" zu sein brauchen (s. jedoch N. 4); so die GM., insbs.: **RG.** III 30. Dez. 81 E. **5** 318, II 26. Okt. 88 R. **10** 595, München 22. Nov. 72, 18. Juli 73, St. **2** 129, **3** 34, indem das charakteristische Moment des § 304 mit Rücksicht auf die Sachen, welche allein das Objekt des Verg. bilden, zutreffend in der Beeinträchtigung öffentl. Interessen gefunden wird. Es wird hiernach nicht einmal nothwendig sein, daß sie überhaupt nachweisbar in Jemandes Eigenthum stehen (vgl. jedoch Cramer Leichnam S. 62).

Dazu tritt aber noch der weitere Unterschied, daß für die Anwendung des § 304 nur eine solche Beschädgg. (Zerstörung) in Betracht kommt, wodurch der Gegenstand in derjenigen Beziehung minder tauglich wird, vermöge welcher er zu den durch die Strafandrohung des § 304 besonders geschützten gehört (vgl. N. 2g); so das cit. **RG.** 30. Dez. 81. Es ist deshalb festzustellen, ob durch die Hdlg. der besondere Zweck, zu welchem die Sache dient

und um dessenwillen sie im § 304 Aufnahme fand, beeinträchtigt wurde; RG. I 23. Nov. 83 E. 9 219.

2) Die speziell für § 304 als Objekt in Betracht kommenden Sachen sind:

a. „Gegenstände der Verehrung einer im Staate bestehenden Religionsgesellschaft"; vgl. § 167 N. 1;

b. „Sachen, die dem Gottesdienste gewidmet sind"; vgl. § 243[1] (das. N. 3), wo die gleiche Wendung, nur unter Substitution des mit „Sachen" völlig gleichbedeutenden Ausdrucks „Gegenstände" (vgl. o. a) gebraucht ist;

c. „Grabmäler"; darunter sind zu verstehen die, einen Theil des „Grabes" (§ 168 N. 6 b δ) bildenden, „zum Gedächtniß o. zu Ehren des Begrabenen errichteten Erinnerungszeichen"; so Meves GS. 27 339 u. ähnlich Kohler Studien I 215 (die auf die Dauer berechnete Bezeichnung des Grabes), die jedoch das „Grabmal" nicht als einen Theil des Grabes auffassen; abweichend rechnet Blum N. 4 zu den Grabmälern auch die „Grabhügel", v. Kirchmann N. 1 zwar nicht diese, wohl aber alle weiteren Verschönerungen und Anlagen; nach Kohler aO. S. 216 soll auch ein Kenotaph ein „Grabmal" sein können;

d. „öffentliche Denkmäler"; ein Denkmal, dem naturgemäß eine feste, dauernde Aufstellung zukommt, wird als ein „öffentliches" zu gelten haben, wenn es an einem „öffentlichen Orte" (vgl. § 116 N. 2 a) zur Aufstellung gelangt ist; Oppenh. N. 7, ähnlich Rubo N. 4 („an einem öffentl. Orte sich befindet");

e. „Gegenstände der Kunst, der Wissenschaft oder des Gewerbes, welche in öffentlichen Sammlungen aufbewahrt oder öffentlich aufgestellt sind"; während die „öffentliche" Aufstellung lediglich örtlich verstanden werden kann (vgl. o. d), ist eine „Sammlung", entsprechend der in N. 5 zum § 110 dargelegten allg. Bedeutung des Wortes „öffentlich", für eine „öffentliche" zu erachten, wenn sie unbestimmt von welchen und von wievielen Personen benutzt werden kann, d. h. wenn sie der Benutzung des Publikums, sei es auch unter gewissen reglementarischen Normen, freisteht; vgl. dagegen Rubo N. 5, der nach dem Sprachgebrauche darunter diejenigen Sammlungen verstehen will, die vom Staat oder von Gemeinden gehalten werden; ähnlich Oppenh. N. 7 (die „von Staatswegen" zu einem gemeinnützigen Zwecke bestimmten Sammlungen);

f. „Gegenstände, welche zum öffentlichen Nutzen dienen"; der „öffentliche" Nutzen ist derjenige des Publikums (vgl. o. e); RG. III 30. Dez. 81, I 18. Juni 83, E. 5 318, 8 399. Befördert ein Gegenstand thatsächlich den Nutzen des Publikums, bietet er sich dem allgemeinen Gebrauche dar, wie z. B. eine Baumanlage auf einem Festungsglacis, so „dient" er auch dem öffentl. Nutzen, ohne daß es darauf ankommt, ob dem Gegenstande von Hause aus die Zweckbestimmung, dem Publikum nützlich zu sein, innewohnte oder beigelegt ist, sowie ob er ausschließlich zu diesem oder noch zu anderen Zwecken dient oder bestimmt ist; so: RG. III 10. Dez. 79 R. 1 134, 30. Dez. 81 (s. o.), 25. Juni 83 E. 9 26, Geyer 2 42, v. Liszt S. 463. Wenn aber auch die Zweckbestimmung von Hause aus (vgl. dagegen § 368[10]), bzw. die Ausschließlichkeit derselben für den öffentl. Nutzen hiernach nicht erforderlich ist, so genügt doch andererseits nicht ein thatsächlicher Zustand als solcher, ohne jede Rücksicht auf die Zweckbestimmung, also die rein zufällige Nützlichkeit (oder verschönernde Wirkung; s. u. g) des Gegenstandes, sondern es ist das Schwergewicht zu legen auf die gegenwärtig thatsächlich bestehende Verwendung desselben, vermöge welcher er z. Z. der That als Mittel zum Zwecke des öffentl. Nutzens (oder der Verschönerung von Wegen 2c.) dient; so: cit. RG. 25. Juni 83, Oppenh. N. 8, 9. Nicht nothwendig ist, daß es um feste und dauernde Einrichtungen sich handle; so kann auch ein „zerbrechliches und vergängliches Wegzeichen" dem öffentl. Nutzen dienen; Dresden 13. Feb. 72 St. 1 308. Zu den bezeichneten Gegenständen können namentl. auch die im § 305 erwähnten „Brücken, Dämme und gebauten Straßen" gehören, so daß bei einer bloßen Beschädgg. solcher (vgl. § 305 N. 4) § 304 Anwendung finden kann; München 23. Aug. 75 St. 6 33;

g. „Gegenstände, welche zur Verschönerung öffentlicher Wege, Plätze oder Anlagen dienen"; vgl. § 116 N. 2 sowie o. f. Zu solchen Gegenständen gehören namentl. auch die Bäume an den öffentl. Wegen 2c.; mit Recht (vgl. N. 1₂) ist aber ver-

neint, daß i. S. des § 304 nothwendig eine „Beschädigung" derartiger Gegenstände in dem Abpflücken von Zierpflanzen liege; RG. I 26. Okt. 82 E. 7 190; nur unter Umständen kann schon hierin eine Beschädgg. i. S. des § 304 gefunden werden, wie z. B. wenn eine besonders kostbare, nur selten blühende Pflanze, die für sich allein zur Verschönerung einer Anlage erheblich beiträgt, ihres Blumenschmuckes beraubt wird; RG. I 29. Nov. 83 E. 9 219. Mit Recht ist ferner verneint, daß eine bloße Entziehung der Früchte eines Baumes überhaupt eine derartige Beschädgg. sei; Berlin 5. Dez. 73 St. 3 379.

3) Der objektive Thatbestand des § 304 unterscheidet sich nur in der o. N. 1 hervorgehobenen Weise von demjenigen des § 303; vgl. deshalb das. N. 3—7. Hervorzuheben ist, daß das objektive Moment der Rechtswidrigkeit (§ 303 N. 7) ausgeschlossen ist, wenn dem Thäter das freie Verfügungsrecht an der Sache zusteht, obschon sie dem öffentl. Nutzen diente; so: München 22. Nov. 72, 18. Juli 73, Dresden 4. März 78, St. 2 129, 3 34, 8 284, ferner RG. II 26. Okt. 86 R. 10 595, mit der weiteren Ausführung, daß andererseits aus einem bloßen Nutzungsrechte (z. B. an den Bäumen eines Kommunikationsweges) nicht das Recht folge, dieselben zu zerstören.

4) Der subjektive Thatbestand des § 304 ist von demjenigen des § 303 nicht unwesentlich dadurch verschieden, daß der Vorsatz auf Beschädgg. einer „fremden" Sache nicht gerichtet zu sein braucht, wohl aber der Dolus die Beschädgg. gerade einer der im § 304 bezeichneten Sachen umfassen muß; denn diese Objekte gehören zu den Deliktsmerkmalen, da das Verbot, dessen Uebertretung § 304 mit Strafe bedroht, unmöglich allgemein „die Beschädigung von Sachen" betrifft, sondern vielmehr die „Beschädigung solcher Sachen, welche nach einer der im § 304 bezeichneten Richtungen zum allgemeinen Besten dienen". Man kann daher i. S. des StGB. nicht schlechthin von einem „Dolus der Sachbeschädgg." sprechen, sondern muß zwischen den verschiedenen Delikten des Abschn. 26 unterscheiden. Im übrigen kann auf die N. 8—10 zum § 303 verwiesen werden, doch ist speziell zu bemerken, daß die subjektive Rechtswidrigkeit (§ 303 N. 9) unter Umständen ausgeschlossen sein wird, wenn der Thäter Eigenthümer der Sache war; Merkel HH. 3 855.

5) Der Versuch (§ 43) ist durch Absatz 3 für strafbar erklärt, wie im Falle des § 303 (das. N. 11).

6) Das Verhältniß des § 304 kommt namentl. in Betracht:

a. zum § 168; wenn die beschädigende rc. Hdlg. an einem „Grabmal" (s. o. N. 2c) verübt wurde, so greift der speziellere Thatbestand des § 304 Platz, so daß, wenn nicht noch andere Theile des Grabes beschädigt sind, von Idealkonk. keine Rede ist (§ 73 N. 12); so: Hälschner 2 718 N. 2, Merkel S. 373; aM.: Oppenh. N. 5, Puchelt N. 2, die nur § 168 anwenden wollen, während Crusen Rechtsgut d. Pietät S. 59 Gesetzeskonk. im v. Liszt'schen S. (d. h. Idealkonk.) annimmt;

b. zum § 303; es ergiebt sich aus der Ausführung o. N 1 u. 4, daß der Thatbestand des § 304 nicht etwa der engere ist, daß vielmehr die §§ 303 und 304 mit einander in Idealkonk. (§ 73) treten, sobald eine der im § 304 bezeichneten Sachen beschädigt wird, die gleichzeitig für den Thäter eine „fremde" ist;

c. zu den §§ 306 (das. N. 12c), 308 (das. N. 9b), 318 (das. N. 1_2), 321 (das. N. 11b);

d. zu den durch EG. § 2_2 aufrecht erhaltenen „besonderen Bestimmungen" über Bestrafung von Sachbeschädigungen, namentl. diejenigen in den Forst- u. Feldpolizeigesetzen; dieselben treten nach dem zu b Bemerkten gegenüber dem § 304 zufolge allgemeinen Grundsatzes außer Anwendung, sobald dessen Bestimmung als die speziellere sich erweist; Berlin 5. Dez., 26. Nov. 73, 12. März 79, St. 3 379, O. 14 755, 20 132.

7) Das Verg. ist von Amtswegen zu verfolgen; die Abs. 3 u. 4 des § 303 können ihrer Stellung nach (vgl. § 123 N. 21) auf § 304 nicht bezogen werden; so die GM.

8) Die Hauptstrafe des vollendeten Verg. ist wahlweise Gefängniß von 1 T. bis 3 J. (§ 16) oder Geldstr. von 3—1500 M. (§ 27). Als Nebenstr. kann nach Abs. 2 i. V. mit § 32 VbbER. erkannt werden.

Der Versuch (N. 5) wird nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 bestraft.

9) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk. bzw. SchöffenG.; GVG. §§ 73[1], 75[12].

§. 305.

Wer vorsätzlich und rechtswidrig ein Gebäude, ein Schiff, eine Brücke, einen Damm, eine gebaute Straße, eine Eisenbahn oder ein anderes Bauwerk, welche fremdes Eigenthum sind, ganz oder theilweise zerstört, wird mit Gefängniß nicht unter Einem Monat bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

PrStGB. § 283. Entw. I § 283, II § 302.

1) Gleichwie im Falle des § 304, so bilden auch bei dem schwersten Falle der Sachbeschädigung aus § 305 lediglich „Sachen" i. S. des § 303 (das. N. 1) das Objekt des Verg. Auch kommen, wie beim § 304, nur gewisse Sachen als Objekt in Betracht (N. 2, 3), während der Thatbestand des § 305, abweichend von demjenigen des § 304 (das. N. 1 b), daran festhält, daß das Objekt „fremdes Eigenthum" sein müsse (§ 303 N. 2); **RG.** I 18. Juni 83 E. 8 399.

2) Die speziell für § 305 als Objekte in Betracht kommenden Sachen sind — nach Auffassung des Gesetzgebers — durchweg Bauwerke; denn die Worte „oder ein anderes Bauwerk" (code pénal art. 437 „ou autres constructions") müssen grammatikalisch auf alle vorangegangenen Substantiva, einschließlich der „Schiffe", bezogen werden (in dem cit. Art. des code wird freilich der „Schiffe" nicht gedacht). Ist es nun hiernach zwar nicht richtig, daß der Ausdruck „Bauwerke" im § 305 lediglich immobile Konstruktionen bezeichne, so wird man doch aus den einzelnen im § 305 aufgeführten Beispielen der „Bauwerke" (N. 3) in Verbindung damit, daß eine besondere Vorschrift zum Schutze fremden Eigenthums dieser Art überhaupt für nothwendig erachtet ist, entnehmen müssen, daß der Gesetzgeber in der That nur solche Herrichtungen von Menschenhand im Auge habe, welche mit dem Grund und Boden in Zusammenhang stehen, oder welche in volkswirthschaftlicher Hinsicht eine gleiche Bedeutung wie diese beanspruchen; dazu gehören namentl. die „Schiffe"; man wird aber unter jener Voraussetzung auch andere mit dem Grund und Boden in fester Verbindung nicht stehende Bauwerke (vgl. § 243 N. 11) gleichfalls als Objekte des Verg. aus § 305 ansehen müssen, wie z. B. transportable Mühlen. Die GM. fordert dagegen unbewegliche Sachen bzw. Herrichtungen; so insbs. Dresden 4. Jan. 75 St. **6** 35 u. namentl. **RG.** III 26. Juni 84 R. **6** 477, IV 11. Feb. 87 E. **15** 263, ein Bauwerk stelle ein selbständiges, von Menschenhand auf dem Erdboden errichtetes, für eine gewisse Dauer bestimmtes Ganzes dar; nach der letzteren Entsch. soll aus der clausula generalis zu entnehmen sein, einestheils, daß die im § 305 aufgezählten Werke als „Bauwerke" angesehen werden sollten, anderentheils, daß die dort generell zusammengefaßten Bauwerke denselben Charakter wie jene, also Immobiliarqualität, besitzen müßten; das bestätige die Entstehungsgeschichte, indem der code die Worte des Entwurfs „ou autres immobilières" lediglich deshalb durch die oben wiedergegebenen Worte ersetzt habe, weil man Zweifel darüber befürchtet habe, was unter „immobilières" zu verstehen sei; nur anscheinend stehe die Nennung der „Schiffe" entgegen, da dies dadurch sich erkläre, daß sie nicht nur im PrStGB., sondern auch im Gebiete des PrCivilrechts den unbewegl. Sachen gleich behandelt würden. Für die Unbeweglichkeit wird eine mechan. Verbindung mit dem Erdboden nicht erfordert, vielmehr anerkannt, daß dieselbe auch durch eigene Schwere begründet sein könne; so **RG.** I 28. März 87 R. **9** 198, das einen auf einem Balkenfundament ruhenden, in Fachwerkbau errichteten und gedeckten Abtritt als Bauwerk erachtete (mit der Ausführung, daß das Material nur dann entgegenstehe, wenn daraus der thatsächl. Schluß gezogen werden könne, daß die Konstruktion dem Zwecke, Personen, Thieren o. Sachen Schutz gegen äußere Einflüsse zu gewähren, zu dienen nicht bestimmt o. geeignet sei). Mit Recht ist im übrigen in der Praxis für ein Bauwerk (vgl. auch § 367 [14]) erachtet:

ein „Hofthor", als ein „von Menschenhand errichtetes, mit dem Grundstück zusammenhängendes, für einen dauernden Zweck bestimmtes Werk"; **RG.** III 30. Juni 80 R. **2** 140;

eine in festem Steinbau bzw. Steinen und Lehm aufgeführte Grenz- o. Umwährungs-

mauer; cit. RG. 26. Juni 84 (ohne Rücksicht auf den Vermögenswerth oder die Vollendung der Ausführung), Berlin 31. Okt. 78 O. **17** 701 (trotz Baufälligkeit);

die künstlichen, einen Fischzuchtteich herstellenden Anlagen; cit. RG. 11. Feb. 87.

3) Die einzelnen im § 305 hervorgehobenen Bauwerke sind folgende:

a. ein „Gebäude"; vgl. § 243 N. 11;

b. ein „Schiff"; nach der Ausführung in N. 2 sind unter „Schiffen" i. S. des § 305 nur solche auf dem Wasser zu benutzende Fahrzeuge zu verstehen, welche „ihrer Größe und Bedeutung wegen den unbeweglichen Gegenständen gleich zu achten sind" (vgl. § 265 N. 2a); so Meves StRZ. **13** 395 f., dem Oppenh. N. 4, Rüd.=St. N. 3 u. v. Schwarze N. 4 sich anschließen, weshalb sie namentl. „Kähne und Gondeln" nicht für Schiffe erachten;

c. eine „Brücke", auch dann, wenn sie nur von einfachster Konstruktion u. Bestandtheil eines Privatweges ist, sowie hauptsächlich zum Viehtriebe dient; RG. III 24. Mai 83 R. **5** 383;

d. ein „Damm"; daß hierunter nur solche Erdwerke zu verstehen seien, wodurch benachbartes Land gegen Ueberschwemmungen geschützt werden solle, deutet das Gesetz nicht an und wird deshalb nicht anzunehmen sein;

e. eine „gebaute Straße"; dieser Ausdruck ist umfassender als das im code pénal Art. 437 gebrauchte Worte „chaussée"; man wird darunter vielmehr alle wesentlich von Menschenhand angelegten Land- und Wasserstraßen (Kanäle) verstehen müssen, während eine „natürliche" Straße dadurch, daß ihr in untergeordneter Weise durch Menschenhand nachgeholfen wird, nicht zu einer „gebauten" wird; so Oppenh. N. 5, der mit Recht gegen Rüd.=St. N. 4 hervorhebt, daß die Straße nicht nothwendig dem „öffentlichen Verkehr" zu dienen brauche. Wenn letzterer u. ebenso Dresden 4. Jan. 75 St. **6** 35 verlangen, daß die Straße „vollendet" sein müsse, so scheint auch dieses zu weit zu gehen; allerdings wird der Umfang der ausgeführten Arbeit dafür entscheidend sein, ob man schon von einer „Straße" sprechen kann oder nicht;

f. eine „Eisenbahn"; darunter ist hier, wo eine Unterordnung unter den allgemeinen Begriff „Bauwerk" stattfinden muß, die durch Schienenstränge gebildete Straße zu verstehen; Meves GS. **26** 194, Oppenh. N. 7. „Pferdebahnen" fallen übrigens nicht unter den Begriff von Eisenbahnen i. S. des § 305 (vgl. das Nähere in N. 3 zum § 315); so: das cit. Dresden, v. Liszt S. 464 (446), Rüd.=St. N. 4; aM. Meves aO. S. 192 ff. Wohl aber fallen sie, auch wenn ihre Schienen lediglich in eine bereits vorhandene Straße eingelassen sind, unter den allgemeinen eines „Bauwerks" (N. 2) bzw. unter den einer „gebauten Straße" (e); so cit. Dresden.

4) Was die Handlung selbst anbetrifft, so kommt für § 305 nur die „Zerstörung", also nur die eine Alternative des § 303 (das. N. 5), in Betracht. Uebrigens erfordert das Gesetz nicht eine gänzliche Zerstörung, sondern reicht nach den ausdrücklichen Worten des Gesetzes auch eine nur theilweise hin; vgl. deshalb § 125 N. 3c. In der Praxis wurde „Zerstörung"

I. angenommen u. zwar a. „gänzliche": bei gewaltsamer Unbrauchbarmachung eines Hofthores als solchen; RG. III 30. Juni 80 R. **2** 140; bei einer derartigen Beschädgg. eines Gebäudes, daß dadurch seine Bestimmung, in einer gegen den unberechtigten Eintritt Dritter sowie gegen Witterungseinflüsse gesicherten Weise zum Wohnen zu dienen, auf Zeit aufgehoben wurde; Dresden 29. Okt. 77 St. **8** 285; b. „theilweise" bei Wegnahme des Gebäudes einer Brücke, sofern diese dadurch zu einem Theil ihrer Zweckbestimmung (freier Verkehr für Menschen, Thiere, Fuhrwerke) unbrauchbar gemacht wurde und etwa nur noch als Fußgängersteg bzw. für vorsichtiges Ueberschreiten bei Tage brauchbar blieb; RG. III 4. Mai 85 R. **7** 274;

II. verneint beim Durchbrechen des Fußbodens einer Gefängnißzelle; Dresden 3. Aug. 74 St. **5** 157.

5) Da der Thatbestand des § 305 gegenüber demjenigen des § 303 andere Abweichungen als die in N. 1 u. 4 hervorgehobenen nicht enthält, so stellt das Verg. aus § 305 sich lediglich dar als eine qualifizirte Sachbeschädgg. aus § 303 (vgl. deshalb das. N. 1—10); die straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 sind einerseits die Objekte, anderer-

seits der Grad der Beschädgg. Diese Qualifikationsmerkmale sind bloße Strafbarkeitsmerkmale, während der Dolus derselbe wie bei der Sachbeschädgg. aus § 303 ist; wegen der Beziehung des „vorsätzlich" auf den ganzen Inhalt des § 305 ist aber zweifellos, daß dem Thäter die Strafbarkeitsmerkmale bei Begehung der That bekannt gewesen sein müssen.

6) Der Versuch (§ 43) ist durch Absatz 2 für strafbar erklärt, wie im Falle des § 303 (das. N. 11).

7) Wegen des Verhältnisses zum § 303 vgl. o. N. 5, im übrigen aber im allg. § 303 N. 12 sowie §§ 306 N. 12c, 308 N. 9b, 315 N. 14a, 321 N. 11c.

8) Das Verg. ist von Amtswegen zu verfolgen; vgl. § 304 N. 7.

9) Die Strafe des vollendeten Verg. ist Gefängniß von 1 Mt.—5 J. (§ 16).

Der Versuch (N. 6) ist nach § 44, insbs. Abs. 4, zu bestrafen.

10) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67, in fünf Jahren.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. §§ 73[1], 27.

Siebenundzwanzigster Abschnitt.

Gemeingefährliche Verbrechen und Vergehen.

1) Der Gesetzgeber hat ausweislich der Motive im Abschn. 27 diejenigen V. u. V. unter Strafe stellen wollen, „mit deren Begehung die Wahrscheinlichkeit einer allgemeinen Gefahr für Menschen oder Sachen gegeben ist." Trotzdem ist die „gemeine Gefahr" (§ 312 N. 4) nur in den §§ 312—314 zum Thatbestandsmerkmal erhoben (vgl. außerdem die §§ 360[10], 366[3]).

Die übrigen aus Abschn. 27 strafb. Hdlgen erfordern eine Gemeingefahr in concreto nicht, allein sie tragen, nach Ansicht des Gesetzgebers, regelmäßig einen gemeingefährl. Charakter, so daß also wenigstens Gemeingefahr in abstracto die Voraussetzung bildet. Diese Delikte sind zum Theil Verletzungsdelikte, zum Theil zwar Gefährdungsdelikte, aber solche, welche nicht die Herbeiführung einer gemeinen Gefahr, sondern einer speziellen Gefahr erfordern und zwar: „für den Transport einer Eisenbahn" (§§ 315 f.), für die „Schifffahrt" (§ 322), für „Andere" bzw. für „einen Anderen" (§§ 321, 330 bzw. 323); vgl. Binding Normen **2** 578, ferner: Merkel S. 352, H. Meyer S. 902, Rotering G. **31** 271 ff. Dagegen nehmen auch bei dieser Gruppe der Gefährdungsdelikte das Erforderniß der „gemeinen Gefahr" in concreto an einerseits Meves StRZ. **13** 377 (und zwar auf Grund „richtiger Redaktion"), andererseits Siebenhaar ZfStRW. **4** 270. Vgl. übrigens namentl. noch Hälschner **2** 596 ff. sowie v. Rohland Gefahr S. 55 ff.

Es ergiebt sich hieraus, wie die GM. mit Recht annimmt, daß ausschließlich der Thatbestand des einzelnen der im Abschn. 27 aufgestellten V. u. V. maßgebend ist, daß dagegen auf Grund der Ueberschrift des Abschn. allein die „Gemeingefährlichkeit" niemals als ein Erforderniß angesehen werden darf. Daraus folgt aber auch weiter, daß man durch Abschn. 27 nicht die Materie der gemeingefährl. Verbr. i. S. des EG. § 2 als geregelt ansehen kann, daß es sich vielmehr nur fragen kann, welche Materien durch die einzelnen Deliktsgruppen des Abschn. eine Regelung erfahren haben; Binding **1** 321.

2) Daß alle gemeingefährl. V. u. V. zu den sog. Dauerdelikten (§§ 67 N. 14a, 73 N. 5c) gehören, derartig daß dieselben andauerten, solange der bei ihnen durch die Hdlg. herbeigeführte Zustand der Gefahr bestehen bleibe, folglich erst endigten, wenn die Gefahr in ihre Verwirklichung umschlage o. wegfalle, nimmt **RG.** I 7. Juni 86 E. **14** 214 an. Es erscheint das jedoch in dieser Allgemeinheit nicht richtig, vielmehr wird es immer auf den speziellen Verbrechensthatbestand ankommen; vgl. § 67 N. 15, insbs. auch das das. zu I a α cit. **RG.** 2. Nov. 83.

3) Wegen der bezüglich der „gemeingefährlichen Verbrechen" (§§ 306, 307, 308, 311, 312, 313_1, 314, 315, 321_2, 322, 323, 324) bestehenden Anzeigepflicht vgl. § 139 N. 1g.

§. 306.

Wegen Brandstiftung wird mit Zuchthaus bestraft, wer vorsätzlich in Brand setzt:

1) ein zu gottesdienstlichen Versammlungen bestimmtes Gebäude,
2) ein Gebäude, ein Schiff oder eine Hütte, welche zur Wohnung von Menschen dienen, oder
3) eine Räumlichkeit, welche zeitweise zum Aufenthalt von Menschen dient, und zwar zu einer Zeit, während welcher Menschen in derselben sich aufzuhalten pflegen.

PrStGB. § 285. Entw. I § 285 Abs. 1, 4, II § 303.
Vgl. §§ 308 Abs. 1, 309, 325.

Zu §§ 306—310. Brandstiftung. N. 1, 2.

1) In den — die Entfesselung der Naturkraft des Feuers betreffenden — §§ 306 bis 310 wird die Materie der Brandstiftung geregelt, indem die §§ 306—308 die vorsätzliche, § 309 die fahrlässige Brandstiftung betreffen, § 310 aber eine gemeinschaftliche Bestimmung enthält. Es sind deshalb nach EG. § 2, alle landesgesetzl. die Brandstiftung btr. Vorschriften außer Kraft getreten, namentl. auch diejenigen über den sog. Haidebrand; denn, wenn auch desselben in RStGB. keine Erwähnung geschieht, so bildet derselbe doch nicht seinerseits eine „Materie" i. S. des cit. § 2; aM. Schütze S. 516 N. 30. Abweichendes gilt nur, insoweit durch § 2, die „besonderen Vorschriften des Landesstrafrechts" in Kraft erhalten sind, also namentl. insoweit die Forst- u. Feldpolizeigesetze Bestimmungen über die Bestrafung von Brandstiftungen, insbs. auch von Haidebränden, enthalten (vgl. z. B. PrFFPG. § 32); Oppenh. § 308 N. 13.

Für aufgehoben ist auch § 8 des PrG. v. 4. Juni 1851 über den Belagerungszustand zu erachten, wonach die „vorsätzliche Brandstiftung in einem in Belagerungszustand erklärten Orte oder Distrikte" mit dem Tode bestraft werden soll, obgleich RV. Art. 68 die Vorschriften jenes Gesetzes über die „Wirkungen einer Erklärung in den Kriegszustand" zu reichsgesetzlichen erhoben hat; allein an Stelle des cit. § 8 ist inzwischen der § 4 des EG. getreten, der nunmehr die eine Wirkung einer Erklärung des Kriegszustandes, nämlich die Anwendung der Todesstrafe für gewisse sonst nicht mit dieser bedrohte strafb. Hdlgen, seinerseits regelt; so: F. Meyer EG. § 4 N. 1, Oppenh. N. 12; aM. Rüd.-St. N. 4; vgl. auch Berlin 10. Feb. 71 O. **12** 89, das zwar eine prinzipielle Aufhebung des § 8 verneint, aber dahin gestellt sein läßt, ob die Allegirung des § 307 (bzw. § 312) im EG. § 4 eine Modifikation in der Bestrafung der vorsätzlichen Brandst. (bzw. Verursachung einer Ueberschwemmung) herbeigeführt habe.

2) Sowohl die vorsätzliche als auch die fahrlässige Brandst. erfordert ein „Inbrandsetzen" als äußere Handlung; vgl. „wer . . in Brand setzt" im § 306 sowie die Bezugnahme hierauf in den §§ 307, 308 bzw. 309 durch die Ausdrücke „Brandstiftung" bzw. „Herbeiführung eines Brandes der in den §§ 306, 308 bezeichneten Art", ferner „Inbrandsetzung" in den §§ 310, 311.

Die Inbrandsetzung einer Sache bedingt nothwendig einen „Brand" dieser Sache selbst. Was unter einem solchen i. S. der §§ 306ff. zu verstehen sei, läßt sich an der Hand der gebräuchlichen, jedoch keineswegs unangefochtenen Definition der Chemie — Verbrennen sei die unter Entwickelung von Licht und Wärme stattfindende chemische Verbindung eines Körpers mit Sauerstoff — keineswegs beantworten. Der Gesetzgeber hat vielmehr den Ausdruck „Brand" lediglich i. S. des gewöhnlichen Lebens verstanden; dafür spricht im allg., daß er anderenfalls von seinem Prinzip, „eine allgemein verständliche und volksthümliche Sprache" zu gebrauchen (Rubo S. 89), sich allzusehr entfernt haben würde, indem gerade die Anwendung eines allgemein gebräuchlichen Wortes i. S. einer speziellen Fachwissenschaft zu den größten Mißverständnissen Anlaß geben würde; im besonderen sprechen aber auch die Schlußausführungen der Motive zu den §§ 306—308 (Entw II §§ 303—305)

dafür, indem hier die Frage, wann ein „Brand" verursacht worden sei, rein nach praktischen Gesichtspunkten erörtert wird. Die Sache liegt hiernach ähnlich wie beim Gebrauche des Wortes „Gift" im § 229 (das. R. 3). Wie aber dort die Anwendung dieses Ausdrucks i. S. des gem. Lebens zu einer gewissen Unbestimmtheit führte, so auch hier.

Der gem. Sprachgebrauch versteht unter Verbrennen die gänzliche oder theilweise Zerstörung eines Körpers durch hohe Temperatur. Der Ausbruch einer Flamme gilt dabei zwar als reguläres Zeichen des Brennens, doch wird allgemein angenommen, daß unter besonderen Umständen, die theils in der Natur des Stoffs (wie z. B. Tuche, Linnen, Kohlen), theils in örtlichen Verhältnissen (wie z. B. Umschließung durch Mauerwerk) liegen können, auch bei bloßem Schwehlen, Glimmen oder Glühen von einem „Brande" gesprochen werden könne, vorausgesetzt nur, daß eine — gänzliche oder theilweise — Zerstörung des Körpers durch Hitze stattgefunden hat; **RG.** I 7. Mai 88 **R. 10** 383. Fehlt es aber hieran, so ist eine „Inbrandsetzung" des Körpers zu verneinen, wenn er auch selbst schon eine Einwirkung durch die entwickelte Hitze erfahren haben sollte. Ob eine solche bereits eine mindestens theilweise Zerstörung des Gegenstandes bewirkt hat, unterliegt wesentlich thatsächlicher Beurtheilung; unbedingt ist ein Brand nicht einmal bei einem Ergreifen des Gegenstandes durch die Flamme anzunehmen; denn das Ergreifen durch die Flamme kann so vorübergehend oder so oberflächlich sein, daß der ergriffene Gegenstand als solcher auch nicht einmal theilweise für zerstört erachtet werden kann; so führen die Motive das Verzehren der Holzfasern einer Thür durch die Flamme an. So wesentlich: Schaper HH. **3** 881, Schütze S. 512, die namentl. den Brand auch als eine „Zerstörung" bezeichnen; ferner: **RG.** I 3. Mai 80 **E. 1** 375 (um Vollendung annehmen zu können, müsse das Feuer sich nicht nur bereits dem Gebäude mitgetheilt, sondern vielmehr dasselbe in Brand gesetzt haben), John HRl. „Brandst." (an dem Brandstiftungsobjekte müsse ein Brand entstanden sein), Merkel S. 356 (von irgend einem Zündstoffe müsse das Feuer auf den bezüglichen Gegenstand übertragen sein), H. Meyer S. 909 (durch die Anzündung müsse der Gegenstand selber in Brand gesetzt worden sein); richtig namentl. auch: **RG.** II 20. Okt. 82, III 3. Jan., 7. Okt. 89, **E. 7** 131, **18** 355, 362, IV 8. März 92 **G. 39** 442, Geyer **2** 112, Hälschner **2** 609, 626 (vgl. auch 627 R. 1), v. Liszt S. 512 u. Oppenh. R. 2 (die Flamme müsse sich dem Gegenstande in einer Weise mitgetheilt haben, welche ein Fortbrennen desselben auch nach Entfernung des Zündstoffes ermögliche), endlich Siebenhaar ZfStRW. **4** 275, die Inbrandsetzung, als Beginn der Zerstörung durch künstl. erzeugte Hitze, welche die Kraft steter Weiterverbreitung in sich trage, sei von der „bloßen Aufzündung des Zündstoffes" wie von der „gänzlichen Einäscherung des angebrannten Gegenstandes" gleich weit entfernt. Zu weit gehend ist aber die Ansicht, daß die vollendete Inbrandsetzung einen Brand von einer gewissen Gefährlichkeit erfordere, die sich namentl. darin dokumentiren müsse, daß es zu seiner Bewältigung erhöhter Kraftanstrengung und insbs. fremder Hülfe bedürfe; richtig H. Meyer aO.; aM. jedoch: Dresden 5. Feb. 75 St. **6** 36, Wanjeck GS. **31** 15, v. Wächter S. 447, Blum R. 1; vgl. auch Pape Vors. u. Vollendg. b. d. Brandstftg. (Diss. Halle 1889) S. 58 f.

Uebrigens erfordert das „Inbrandsetzen" nicht ein aktives Anzünden oder Anlegen von Zündstoffen an einen Gegenstand derartig, daß er brenne, vielmehr genügt jede, unmittelbare oder mittelbare, Verursachung des Brandes, gleichgültig ob die Hdlg. für sich allein oder im Zusammenwirken mit anderen Umständen kausal war; **RG.** I 26. Jan. 82 **R. 4** 72, Hälschner **2** 609.

Zu § 306. R. 3—14.

3) Der Thatbestand der vorsätzlichen, im Hinblick auf § 308, schweren Brandst. aus § 306 erfordert als Objekt eine „Räumlichkeit" (vgl. § 307 [1] „eine der in Brand gesetzten Räumlichkeiten" sowie u. R. 7) der in den Nr. 1—3 näher bestimmten Art. Ob die Räumlichkeit „fremdes Eigenthum" ist oder dem Brandstifter „eigenthümlich gehört", ist dabei gleichgültig.

4) Die Nr. 1 erfordert als Objekt eine Räumlichkeit, die ein „Gebäude" (§ 243 R. 11) sein muß und zwar ein „zu gottesdienstlichen Versammlungen bestimmtes"; bei der Redaktion des RStGB. ist absichtlich die, mit § 243 [1] übereinstimmende, Fassung des

PrStGB. verlassen und im Anschluß an das OldenburgStGB. Art. 262 lit. a ein zu „gottesdienstlichen Versammlungen" (vgl. § 166 N. 16b) bestimmtes Gebäude verlangt; möglich ist immerhin, daß ein „zum Gottesdienste bestimmtes Gebäude" (§ 243 N. 4) nicht gleichzeitig „zu gottesdienstl. Versammlungen" bestimmt sei (Hälschner 2 611, Puchelt N. 4); man denke z. B. an eine Waldkapelle, die so klein ist, daß die Menge der Andächtigen sich vor derselben versammelt.

Ist ein Gebäude nicht als solches zu gottesdienstlichen Versammlungen bestimmt, sondern etwa nur ein einzelner Raum, während die übrigen Räumlichkeiten anderen Zwecken dienen, so liegt ein vollendetes Verbr. aus Nr. 1 nur dann vor, wenn eben jener Raum selbst in Brand gesetzt wurde; sonst kann es höchstens um einen Versuch dieses Verbr. sich handeln (vgl. § 243 N. 4₁); aM. einerseits Hälschner aO. u. Oppenh. N. 14, andererseits Schaper HH. 3 877 u. Schütze S. 513 N. 22, von denen jene unbedingt die Anwendung der Nr. 1 annehmen, während diese sie für ausgeschlossen erachten.

5) Die Nr. 2 erfordert als Objekt „Räumlichkeiten, welche zur Wohnung von Menschen dienen", d. h. bewohnte Räumlichkeiten in dem § 243[7] (das. N. 51) gebrauchten S., ohne daß die Räumlichkeit geradezu zur Wohnung von Menschen „bestimmt", d. h. dem Wohnzwecke dauernd gewidmet zu sein braucht (N. 4); andererseits ist freilich, wie Hälschner 2 611, F. Meyer N. 4 u. v. Schwarze N. 4 hervorheben, der Umstand, daß der Zweck der Räumlichkeit im Bewohntwerden besteht — die „Bestimmung" dazu in diesem S. — nicht ausreichend, wenn nicht die Räumlichkeit zugleich thatsächlich zum Wohnen „dient". Mit Recht ist in der Praxis ein Stallgebäude, in welchem Dienstleute ihre Habseligkeiten aufbewahrten und ihre Schlafstelle hatten, für eine derartige Räumlichkeit erachtet worden; Dresden 20. Juli 74 St. 5 161.

Zweifellos ist eine Räumlichkeit als zur Wohnung von „Menschen" dienend anzusehen (vgl. § 110 N. 14), wenn sie auch nur von einem Menschen, also insbs. vom Thäter selbst (Oppenh. N. 18), bewohnt wird.

Gleichgültig ist, ob z. Z. der Inbrandsetzung Bewohner oder überhaupt Menschen in der Räumlichkeit anwesend waren (s. auch u. N. 8); so greift die Nr. 2 namentl. auch dann Platz, wenn der Thäter der einzige Bewohner der Räumlichkeit war (s. jedoch u. N. 7), oder wenn der Thäter sich überzeugt hatte, daß im Hause Niemand anwesend sei; es kommt, wie die Motive in Uebereinstimmung mit der GM. bemerken, nicht darauf an, daß wirklich im einzelnen Falle Gefahr für Menschenleben vorhanden war; aM. jedoch für den ersten Fall Hälschner 2 612 N. 2, weil die Räumlichkeit dann aufgehört habe eine bewohnte zu sein.

6) Die „zur Wohnung von Menschen dienende" Räumlichkeit (N. 5) muß im einzelnen sein:

a. entweder ein „Gebäude" (§ 243 N. 11);

b. oder ein „Schiff", welches hier, wie im § 243[7], dadurch, daß es zur Wohnung von Menschen dienen muß, gegenüber bloßen Gondeln und ähnlichen auf dem Wasser zu benutzenden Fahrzeugen hinreichend bestimmt wird (vgl. §§ 265 N. 2a, 305 N. 3b), ohne daß die Größe des Fahrzeuges dabei als solche entscheidend ist; Hälschner 2 611 u. Meves StRZ. 13 411, die deshalb auch mit Recht Flöße, welche mit Wohnhütten versehen sind, als mitbegriffen erachten;

c. oder eine „Hütte" (§ 243 N. 13, auch § 308 N. 3c), wofür ein vorübergehend zum Zwecke des Obstschutzes auf dem Felde aus Stroh- u. Holztheilen errichtetes Bauwerk in der Praxis mit Recht erachtet wurde; Stuttgart 31. Dez. 75 St. 6 373.

7) Die Nr. 3 erfordert als Objekt eine „Räumlichkeit, welche zeitweise zum Aufenthalt von Menschen dient". Unter „Räumlichkeit" ist, im Gegensatz zum „umschlossenen Raum" (§ 243 N. 7), jeder irgendwie abgeschlossene, bewegliche oder unbewegliche, Raum zu verstehen und fallen namentl. auch die im PrStGB. § 283[3] ausdrücklich hervorgehobenen „Eisenbahnwagen und Bergwerke" unter jenen Begriff (so die Motive); auch die kleinsten auf dem Wasser dienenden Fahrzeuge gehören hierher; Meves StRZ. 13 411.

Räumlichkeiten i. S. der Nr. 3 sind namentl. auch die Personenwagen der Eisenbahnen, die Postkutschen, Fähren rc.; dagegen ist anzunehmen, daß eine Hütte, welche lediglich dem

Brandstifter selbst „zum Aufenthalt diente", solches vom Augenblick der That ab nicht mehr thue, denn die Inbrandsetzung zeigt, daß der Aufenthalt aufgegeben worden; Schaper HH. 3 878 N. 6, Berner S. 621 (weil das Gesetz nur „die Gefahr für die Person Anderer" fingire); dahin neigen auch Schütze S. 514 N. 23 u. Oppenh. N. 21, während Hälschner 2 613 N. 1 dieses mit der Fassung des Gesetzes für unvereinbar hält, da dasselbe auf den Umstand, daß z. Z. der That kein Mensch in der Räumlichkeit sich aufhielt, kein Gewicht lege (s. dagegen o. N. 5_3).

8) Nach Nr. 3 ist aber endlich erforderlich, daß die Inbrandsetzung geschehen sei „zu einer Zeit, während welcher Menschen in der betreffenden Räumlichkeit sich aufzuhalten pflegen"; ein Zweifel darüber, daß die Anwesenheit von Menschen zur Zeit der That in der Räumlichkeit nicht erforderlich sei, kann diesem Wortlaute gegenüber nicht bestehen; so auch **RG.** I 2. Mai 92 **E. 23** 102, mit der weiteren Ausführung, daß deshalb auch das Bewußtsein des Thäters davon, es halte z. Z. der That ausnahmsweise Niemand in der Räumlichkeit sich auf, unbeachtlich sei.

9) Die äußere Handlung besteht bei der Brandst. aus § 306 lediglich in dem Inbrandsetzen (N. 2) eines der in den Nr. 1—3 bezeichneten Objekte, nur daß im Falle der Nr. 2 auch die Zeit der That von Erheblichkeit ist (N. 8) Mag sonach auch die Gesetzgebung „mit den von ihr angeführten Gegenständen der Brandstiftung Präsumtionen der Gefährlichkeit verknüpft" haben (Berner S. 618, 621), jedenfalls ist, worin die GM. übereinstimmt, die Bewirkung einer „Gemeingefahr" (§ 312 N. 4) oder auch nur einer Gefahr für ein einzelnes Leben (Berlin OAG. 7. Dez. 72 O. **13** 649) bzw. für eine einzelne fremde Sache für den Thatbestand unwesentlich; auf eine „konkrete" Gefahr kommt es überhaupt nicht an, so daß die Brandst. aus § 306 als ein Gefährdungsdel. nicht angesehen werden kann; aM. jedoch Wanjeck GS. **31** 11.

10) Der Vorsatz der Brandstiftung — und zwar derjenige der vorsätzlichen Brandst. überhaupt (§§ 306—308) — soll nach Binding Normen **2** 582 f. lediglich der „Sachbeschädigungsvorsatz" sein; die Brandst. werde das schwere Verbr., welches sie nach dem StGB. sei, nur durch Hinzutritt von drei Arten von Strafbarkeitsmerkmalen zu der vorsätzlichen Sachbeschädgg., die in den Mitteln, den Objekten derselben und einer Wissenschaft von jenen und diesen bei der That beständen. Daß der „Vorsatz" bei der Sachbeschädgg. nach dem StGB. kein einheitlicher ist (vgl. einerseits §§ 303 N. 8, 305 N. 5, andererseits § 304 N. 4), ignorirt Binding. Speziell bei der Brandst. aus § 306 fällt aber der Vorsatz weder mit demjenigen der Sachbeschädigg. aus § 303, noch mit demjenigen der Sachbeschädgg. aus § 304 zusammen; mit jenem nicht, weil das Objekt der schweren Brandst. garnicht eine „fremde Sache" zu sein braucht (N. 3), für den Dolus der Sachbeschädigg. aus § 303 aber gerade der auf Beschädigung einer fremden Sache gerichtete Vorsatz wesentlich ist; so namentl. Wanjeck GS. **31** 14; mit diesem nicht, weil im Falle des § 304 bestimmte Objekte, welche mit den im § 306 bezeichneten sich nicht decken, zu den Deliktsmerkmalen gehören, folglich dort der Vorsatz gerade auf Beschädigung dieser Objekte gerichtet sein muß.

Der Dolus bei der Brandst. aus § 306 ist vielmehr ein eigenthümlicher (vgl. Siebenhaar ZfStRW. **4** 273) und zwar, wie weiter behauptet werden muß, ein eigenartiger für jede einzelne der Nr. des § 306. Die daselbst bezeichneten „Objekte" sind keine bloßen Strafbarkeits-, sondern Deliktsmerkmale. Die Inbrandsetzung von Sachen, ohne Rücksicht auf die an denselben bestehenden Eigenthumsverhältnisse, ist nicht allgemein verboten, sondern nur diejenige ganz bestimmter Sachen. Für den Deliktsbegriff selbst ist das Objekt der Hdlg. von entscheidender Bedeutung; deshalb sind auch verschiedene Mischthatbestände anzunehmen, soweit das Gesetz selbst im § 306 die Objekte von einander sondert, wie es thatsächlich in den Nr. 1—3 geschehen ist; mag auch der Gesetzgeber bei allen dort bezeichneten Räumlichkeiten an die „abstrakte" Gefahr gedacht haben, welche mit deren Inbrandsetzung verbunden ist, so ist doch der Charakter der unter den einzelnen Nr. bezeichneten Räumlichkeiten ein verschiedenartiger; dies zeigt namentl. die Nr. 1, für deren Aufstellung, allgemeiner Annahme zufolge, jedenfalls auch noch das Motiv der „Heiligkeit des Ortes" maßgebend gewesen ist, da die Fassung der Nr. 2 u. 3 jenem anderen Gesichtspunkte ausreichend Rech-

nung getragen haben würde. Demnach ist die Annahme gerechtfertigt, daß jede der drei Nr. des § 306 einen besonderen Dolus erfordere, d. h. daß der Vorsatz eben auf Zerstörung der dort genannten Objekte gerichtet sein müsse; so: v. Liszt S. 513, H. Meyer S. 908 Rüb.-St. N. 3, Wanjeck GS. 31 16 ff., während die Meisten über diesen Punkt nicht hinreichend klar sich auslassen; aM. jedoch Binding aO. S. 585, die Subsumtion des anzuzündenden Gegenstandes unter eine falsche Rubrik der in den §§ 306, 308 als taugliche Objekte des Verbr. der Brandst. bezeichneten Gegenstände sei für das Zustandekommen des Verbr. ganz gleichgültig; ferner v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 219 btr. der im § 306 bezeichneten Objekte, weil denselben vom Gesetze ein gleicher rechtlicher Werth beigelegt sei; ähnlich Hälschner 2 617. Wie es aber nach Nr. 2 gleichgültig ist, ob die zur Wohnung von Menschen dienende Räumlichkeit „ein Gebäude, ein Schiff oder eine Hütte" ist, wenn sie nur überhaupt unter eine dieser Kategorieen fällt, somit auch insoweit ein Irrthum den Dolus nicht aufhebt, so gilt ein Gleiches hinsichtlich des Mittels, indem bei der im § 311 gesetzlich ausgesprochenen Gleichstellung der Verursachung einer Explosion mit der Inbrandsetzung ein Irrthum darüber, ob die Zerstörung mittels dieser oder jener bewirkt werde, den Dolus unberührt läßt; so, abgesehen von dem im Resultate übereinstimmenden Binding, Wanjeck aO.

Für den Vorsatz fällt übrigens noch besonders ins Gewicht, daß das Gebäude bzw. die Räumlichkeit als solche das Objekt des Verbr. bildet; wer daher, bei Abwesenheit eines auch nur eventuellen Dolus, lediglich einen Theil eines Gebäudes in Brand zu setzen beabsichtigt, z. B. einen Balken, um aus den Ritzen desselben Ungeziefer zu vertreiben, handelt nicht mit dem zur „Brandstiftung" erforderlichen Dolus; Hälschner 2 618, John HRl. „Brandst.", Oppenh. N. 7, v. Schwarze Abschn. 27 N. 5.

11) Ein nach § 43 strafb. Versuch ist bei allen drei Mischthatbeständen denkbar; aM. Baumgarten Versuch S. 424 ff., der bei gemeingefährl. Verbr. einen Versuch überhaupt nicht für denkbar erachtet.

Wegen Abgrenzung zwischen versuchter und vollendeter Brandst. vgl. o. N. 2.

Ein „Anfang der Ausführung" liegt zweifellos vor, sobald der zur Inbrandsetzung der Räumlichkeit bestimmte und an dieselbe angelegte Zündstoff seinerseits in Brand gesetzt war; denn damit hat der Thäter dasjenige gethan, was er den Umständen nach zur Vollendung der That für nöthig hielt. Dagegen wird nur eine straflose Vorbereitungshandlung (§ 43 N. 12, 15 ff.) anzunehmen sein, wenn der die Brandst. Planende das angezündete Schwefelholz rc. noch in Händen hält, ohne dasselbe bereits mit dem Objekt sei es mittelbar durch Entzündung eines Zündstoffes, sei es unmittelbar in Verbindung gesetzt zu haben.

12) Die Brandst. aus § 306 kann in Idealkonkurrenz (§ 73) treten:

a. mit Mord oder Todtschlag (§§ 211, 212), sobald der Thäter durch die Brandst. den Tod eines Menschen herbeiführen will (vgl. jedoch § 307 [2]); so die GM.;

b. mit Versicherungsbtr. (§ 265), dann nämlich, wenn die in Brand gesetzten Räumlichkeiten „gegen Feuersgefahr versichert sind" und die That „in betrügerischer Absicht" geschah; so: RG. IV 1. Nov. 87 G. 35 398, Geyer 2 61, Oppenh. N. 10 u. § 265 N. 11, Rüb.-St. § 265 N. 5, v. Schwarze § 265 N. 7, v. Speßhardt Versicherungsbtr. S. 63; aM.: Binding 1 350 (es liege das Verhältniß der Alternativität der Gesetze — § 73 N. 15 — mit verschiedenen Strafandrohungen vor, von denen die im konkreten Fall ungünstigste anzuwenden sei), Hälschner 2 280, Merkel HH. 3 781 (vgl. jedoch jetzt Lehrbuch S. 330), H. Meyer S. 714, v. Buri Einh. u. Mehrh. S. 45; die Strafe ist aus § 306 zu bemessen, derartig daß auf Geldstr. nicht erkannt werden darf (§ 73 N. 29 I a β); wenn jedoch die Brandst. nach § 310 straflos ist, so hat Bestrafung aus § 265 einzutreten (§ 73 N. 24a); Oppenh. N. 10;

c. mit der Sachbeschädgg.; es ist nicht etwa auf Grund der Ansicht von Binding (o. N. 10) dafür zu erachten, daß von einer Idealkonk. beider Delikte überhaupt nicht die Rede sein könne, vielmehr kann sehr wohl eine Idealkonk. zwischen § 306 einerseits und den §§ 303 bis 305 andererseits stattfinden, da eine nähere Vergleichung der einzelnen Thatbestandsmomente ergiebt, daß keiner der Thatbestände im Verhältniß zu dem anderen ein engerer und deshalb denselben ausschließender ist; so Wanjeck GS. 31 31; aM. H. Meyer S. 910.

Es kommt dieser Frage, trotzdem § 306 durchweg die härtere Strafe androht, auch hier mit Rücksicht auf § 310 (s. o. b) eine praktische Bedeutung zu; nach H. Meyer aO. soll freilich auch der Ausschluß der Möglichkeit einer Idealkonk. nicht hindern, daß die durch Reue straflos gewordene Brandstiftg. als Sachbeschädgg. bestraft werde.

Wegen des **Verhältnisses** zum § 308 vgl. das. N. 9c, zum § 315 das. N. 14b sowie o. N. 7_2.

13) Die **Hauptstrafe** des **vollendeten** Verbr. ist Zuchthaus von 1—15 J. (§ 14_2); vgl. auch o. N. 1_2. **Als Nebenstr.** kann erkannt werden: a. nach § 32 VbbER.; b. nach § 325 ZulvPolAufs.

Der **Versuch** (N. 11) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen.

Wegen **Straflosigkeit** vgl. § 310.

14) Die **Strafverfolgung verjährt** nach § 67, in fünfzehn Jahren; wegen des Beginnes der Verjährung vgl. das § 67 N. 10 cit. RG. 2. Nov. 83.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73^{2-7}, 136^{1}.

§. 307.

Die Brandstiftung (§. 306) wird mit Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft, wenn

1) der Brand den Tod eines Menschen dadurch verursacht hat, daß dieser zur Zeit der That in einer der in Brand gesetzten Räumlichkeiten sich befand,
2) die Brandstiftung in der Absicht begangen worden ist, um unter Begünstigung derselben Mord oder Raub zu begehen oder einen Aufruhr zu erregen, oder
3) der Brandstifter, um das Löschen des Feuers zu verhindern oder zu erschweren, Löschgeräthschaften entfernt oder unbrauchbar gemacht hat.

PrStGB. § 285. Entw. I § 285 Abs. 2, 3, II § 304. Aktenst. Nr. 92, 182 45. StB. S. 741, 1175.
Vgl. § 325 sowie EG. § 4.

1) Der § 307 behandelt „besonders schwere Fälle" (so die Motive) der Brandstiftung, nämlich **Qualifikationen** der „schweren Brandstiftung" aus § 306. Auf den Thatbestand der letzteren ist lediglich durch Allegirung des § 306 verwiesen (vgl. deshalb das. N. 1—10), während unter den Nr. 1—3 die i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 **straferhöh. Umst.** hervorgehoben werden. In jedem der drei Fälle bewirkt nur ein einzelnes Moment die Straferhöhung.

2) Im **Falle der Nr. 1** liegt das straferhöh. Moment in dem „**Tode eines Menschen**", als lediglich objektivem Erfolge, wie aus dem Gebrauch des Wortes „verursachen" sich ergiebt (§ 118 N. 4); so die GM.; aM.: Hälschner 2 620, Schaper HH. 3 885, Schütze S. 514 N. 25, der Thäter müsse mindestens in culpa sein (vgl. Th. I Abschn. 4 N. 3_2). War jener Erfolg beabsichtigt, so treten die Strafbestimmungen über Mord und Todtschlag (§§ 211, 212) in Idealkonk. mit § 307^{1}; so: Hälschner aO., Rüd.-St. N. 5, Habermaas Idealkonk. S. 43; aM. einerseits Schaper aO. (die §§ 211 f. kämen zur Anwendung, da im Falle des § 307^{1} die Tödtung außerhalb der Absicht des Thäters liege), andererseits Schütze aO. (es sei nur für die Strafzumessung erheblich, „ob der Thäter in dolo" versirt habe).

3) Der straferhöh. Umst. der Nr. 1 liegt aber nicht bei jedem Kausalzusammenhange zwischen der Brandst. und dem Tode eines Menschen vor, vielmehr muß der Tod dadurch verursacht sein, daß „**der Getödtete zur Zeit der That in einer der in Brand gesetzten Räumlichkeiten** (vgl. § 306 N. 3) **sich befand**"; während nach der inkorrekten, auf RTbeschluß beruhenden, Fassung „der Brand als die Ursache des Todes, der Aufenthalt des Getödteten als Tödtungsmittel, dessen der Brand sich bedient hat, erscheint" (Schütze S. 514 N. 25 u. G. 20 370), will das Gesetz damit nur ausdrücken, daß gerade

die Anwesenheit in der Räumlichkeit z. Z. der That die Ursache des eingetretenen Todes gewesen sein müsse; v. Liszt S. 513 N. 1.

Zum gesetzlichen Thatbestande der aus Nr. 1 strafb. Brandst. gehört somit die „Anwesenheit des Getödteten in der Räumlichkeit zur Zeit der That". Hierunter ist die Zeit der „Inbrandsetzung" zu verstehen, d. h. von dem Anfange ihrer Ausführnng bis zu ihrer Vollendung (vgl. § 306 N. 2), denn in der Vornahme dieser Hdlg. besteht „die That"; so die GM.; aM. jedoch H. Meyer S. 910 N. 33, der nur die Zeit der „Verübung" annimmt. Es greift deshalb nach § 59 die Nr. 1 nicht Platz, wenn der Thäter bei Begehung der Inbrandsetzuug nicht wußte, daß Jemand in der btr. Räumlichkeit anwesend sei; so: Hälschner 2 619, H. Meyer S. 910 N. 34, Rubo N. 6; aM.: Wahlberg ZfStRW. 2 208, Oppenh. N. 7.

Da dasjenige, was nach der Inbrandsetzung, wenn auch noch während des Brandes, geschieht, bereits jenseits „der That" liegt, so greift Nr. 1 nicht Platz, wenn Jemand erst nach der Inbrandsetzung die brennende Räumlichkeit zum Zweck der Löschung, Rettung 2c. betritt bzw. nach vorherigem Verlassen wieder betritt, und nunmehr der Brand seinen Tod verursacht; so die GM., insbs. RG. III 3. Dez. 81 E. 5 202.

4) Das Erforderniß der Nr. 1 versteht die GM. nicht dahin, daß etwa der Getödtete verbrannt sein müsse; so wird Nr. 1 z. B. durchweg für vorliegend erachtet, wenn der z. Z. der That im brennenden Hause Befindliche durch einen Sprung aus demselben sich retten will und dabei ums Leben kommt. Bei dieser nach der Entstehungsgeschichte zweifellos richtigen Auffassung wird man aber auch jeden Fall hierher ziehen müssen, wo überhaupt ein Kausalzusammenhang zwischen dem Brande und dem Tode eines zur Zeit der That in der Räumlichkeit Anwesenden vorliegt, wie z. B. wenn eine daselbst befindliche Schwangere in Folge Schrecks über das Feuer zu früh niederkommt und davon stirbt; so: Hälschner 2 619, v. Liszt S. 513 N. 1, Schütze G. 20 371, Rüd.-St. N. 2; aM. v. Schwarze N. 2 A. 4. Auf eine unmittelbare Verursachung, welche manche verlangen (vgl. Schaper HH. 3 885 u. Oppenh. N. 6), kommt nichts an; es genügt vielmehr, unter Voraussetzung der Anwesenheit in der Räumlichkeit z. Z. der That, auch eine nur mittelbare Verursachung.

5) Im Falle der Nr. 2 wirkt ein subjektives Moment straferhöhend, wenn nämlich der Thäter mit der vorsätzlichen Begehung der Brandst. zugleich den ganz außerhalb dieser That liegenden Zweck („um . . . zu") verfolgt (Binding Normen 2 599, insbs. N. 887), „unter Begünstigung derselben" entweder „Mord oder Raub zu begehen", d. h. ein Verbr. aus § 211 oder aus den §§ 249—251 (§ 252 bleibt schon der Natur der Sache nach, § 255 als ein Fall der Erpressg. — so: v. Liszt S. 514, Rubo N. 11 — außer Betracht), oder „einen Aufruhr (§ 115) zu erregen".

Mit Unrecht findet Berner S. 620 in Nr. 2 die „Rücksichtnahme auf die ideale Konkurrenz mit versuchtem Mord 2c."; denn wird demnächst eine jener strafb. Hdlgen versucht oder vollendet, so liegt Realkonk. mit dem Verbr. aus Nr. 2 vor; Hälschner 2 621, Schaper HH. 3 886, Schütze S. 515 N. 26, Wanjeck GS. 31 23.

6) Im Falle der Nr. 3 liegt der straferhöh. Umst. in der Gefährlichkeit der That (Schaper HH. 3 886, v. Wächter S. 446; aM. Hälschner 2 621, in der Absicht des Thäters die Gefährlichkeit zu steigern), indem der Thäter, sei es vor, bei oder nach der Inbrandsetzung (Hälschner aO., Schütze S. 515 N. 27, Oppenh. N. 12), „um das Löschen des Feuers zu verhindern oder zu erschweren", also zur Sicherung des Erfolges der That, die Maßregel trifft, daß er „Löschgeräthschaften" — gleichgültig, wem gehörig (v. Kirchmann N. 1, Oppenh. N. 13) — „entfernt oder unbrauchbar macht". Daß die Entfernung 2c. auch nur eines einzelnen Löschgeräthes aus dem bezeichneten Motive (Rüd.-St. N. 6, Binding Normen 2 602) hinreicht, kann nach dem Sprachgebrauche des StGB. (vgl. § 110 N. 14) nicht zweifelhaft sein. Darauf, ob der Zweck erreicht oder namentlich wegen hinreichend vorhandener anderer Löschgeräthschaften verfehlt wurde, kommt nichts an; so die GM.

Das Gesetz spricht aber nur von „Löschgeräthschaften, nicht allgemein von Mitteln zum Löschen; deshalb genügt die Beseitigung von Wasser, das Trunkenmachen der Lösch-

mannschaften ꝛc. nicht; v. Liszt S. 514, Schaper HH. 3 886 N. 5, Schütze S. 515 N. 27, Oppenh. N. 13, v. Schwarze N. 7.

7) Die verschiedenen Nr. des § 307 enthalten nicht verschiedene Mischthatbestände (aM. Binding Normen 1 N. 197), sondern nur verschiedene Qualifikationsgründe desselben Verbr. (N. 1); Wanjeck GS. 31 23. Erfüllt der Thäter durch seine Hdlg. bei einer Brandst. mehrerer dieser Qualifikationsgründe, so liegt ungleichartige Idealkonk. vor; § 73 N. 21a.

8) Ein nach § 43 strafb. Versuch ist nur in den Fällen der Nr. 2 u. 3 denkbar, dagegen bei Nr. 1 der Natur der Sache nach ausgeschlossen (vgl. § 43 N. 5_2); so die GM.; aM. in letzterer Beziehung v. Liszt S. 514, es sei Versuch aus Nr. 1 dann möglich, wenn der Tod durch die unvollendete o. fehlgeschlagene Hdlg. in der vom Gesetze geforderten Weise verursacht wurde.

9) Wegen des Verhältnisses zu den §§ 211, 212 s. o. N. 2 u. 5 sowie § 306 N. 12a, bwegen des Verhältnisses zu den §§ 265 bzw. 303—305 ebenda unter b, c, endlich wegen esjenigen zum § 308 das. N. 9c.

10) Die Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus (§ 14) und zwar wahlweise zeitiges von 10—15 J. o. lebenslängliches; ausnahmsweise ist nach EG. § 4: (das. N. 3, 4) Todesstr. (§ 13 N. 1) zu verhängen. Als Nebenstr. kann erkannt werden: a. nach § 32 VdbEN.; b. nach § 325 ZulvPolAuff.

Der Versuch (N. 8) ist nach den §§ 44 (insbs. Abs. 2 bzw. 4), 45 zu bestrafen; vgl § 44 N. 4.

Wegen Straflosigkeit vgl. § 310.

11) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 (das. N. 2c) beim vollendeten Verbr. in zwanzig, beim versuchten in funfzehn Jahren. Wegen des Beginnes der Verjährung im Falle der Nr. 1 vgl. § 67 N. 9.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73[2–7], 136[1].

§. 308.

Wegen Brandstiftung wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft, wer vorsätzlich Gebäude, Schiffe, Hütten, Bergwerke, Magazine, Waarenvorräthe, welche auf dazu bestimmten öffentlichen Plätzen lagern, Vorräthe von landwirthschaftlichen Erzeugnissen oder von Bau- oder Brennmaterialien, Früchte auf dem Felde, Waldungen oder Torfmoore in Brand setzt, wenn diese Gegenstände entweder fremdes Eigenthum sind, oder zwar dem Brandstifter eigenthümlich gehören, jedoch ihrer Beschaffenheit und Lage nach geeignet sind, das Feuer einer der im §. 306 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Räumlichkeiten oder einem der vorstehend bezeichneten fremden Gegenstände mitzutheilen.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

PrStGB. §§ 286, 287. Entw. I §§ 286, 287, II § 305. Aktenst. Nr. 92. StB. S. 741 f.

Vgl. §§ 309, 325.

1) Im PrStGB. entsprachen dem § 308 die §§ 286, 287, von denen der erstere die Inbrandsetzung gewisser Gegenstände (fast durchgängig derselben, welche § 308 aufzählt), wenn dieselben „fremdes Eigenthum“, der letztere die Inbrandsetzung eigener Sachen beliebiger Art, wenn dieselben „vermöge ihrer Beschaffenheit und Lage geeignet waren, den in den §§ 285, 286 genannten Gegenständen das Feuer mitzutheilen,“ bestrafte. Während noch der Entw. I dieser Anordnung folgte, zog der Entw. II den Inhalt beider §§., zugleich unter einer nicht unwesentlichen materiellen Abänderung (s. u. N. 6_2), in den § 305 zusammen, der demnächst als Abs. 1 des § 308 in das RStGB. überging.

2) Der „schweren“ Brandst. aus § 306 und somit auch den „besonders schweren“ Fällen aus § 307 (das. N. 1) tritt die „einfache“ Brandst. aus § 308 selbständig zur Seite, auch

sie erfordert zwar ein vorsätzliches Inbrandsetzen (vgl. deshalb § 306 N. 2, 9, 10), unterscheidet sich aber durch die in Betracht kommenden Objekte der Inbrandsetzg. (§ 306 N. 10_2).

3) Die im § 308 aufgeführten Objekte sind:

a) „Gebäude"; vgl. § 243 N. 11.

b) „Schiffe"; dieses Wort ist hier im ähnlich beschränkten S. zu verstehen wie im § 305 (das. N. 3b); während aber dort die Beschränkung aus der Zusammenstellung mit lauter Immobilien sich ergab, so hier aus derjenigen mit — zum Theil beweglichen — Sachen, welche als bedeutendere Vermögensobjekte sich darstellen; man wird daher auf dem Wasser zu benutzende Fahrzeuge, welche einen bedeutenderen Vermögenswerth nicht haben, wie die meisten Kähne, Böte 2c., für „Schiffe" i. S. des § 308 nicht zu erachten haben; Meves StRZ. **13** 401 f., Schaper HH. **3** 879.

c) „Hütten"; auf Grund der Entstehung dieser Vorschrift aus dem PrStGB. sowie aus den Zusammenstellungen im § 306_2 (das. N. 6c) einer- und im § 308 andererseits ist zu folgern, daß auch an letzterer Stelle ein Bauwerk gemeint sei, welches eine gewisse Erheblichkeit erreicht; demnach ist unter „Hütte" auch hier nicht alles zu verstehen, was nach irgend einer da o. dort gebräuchlichen Ausdrucksweise noch als Hütte bezeichnet wird, vielmehr ist mindestens zu fordern, daß sie ein selbständiges unbewegliches Ganzes bilde, eine nicht völlig geringfügige Bodenfläche bedecke und zum Schutze gegen äußere Einwirkungen in einer dem jeweiligen Zwecke genügenden Dauerhaftigkeit u. Festigkeit ausreichend abgeschlossen sei; **RG.** I 16. Feb. 88 **E. 17** 179.

d) „Bergwerke".

e) „Magazine"; während hierunter in dem hier fraglichen Sinne Gebäude o. sonstige dauernde Einrichtnngen verstanden zu werden pflegen, in denen bestimmungsgemäß größere Vorräthe von Waaren, Konsumtibilien, Kriegsbedürfnisse u. dergl. aufgespeichert werden, um sie für den Bedürfnißfall in Bereitschaft zu halten, muß mit Rücksicht auf die Stellung zwischen „Gebäuden" u. „Waarenvorräthen" angenommen werden, daß hier wesentlich an Etablissements gedacht worden, welche nicht eigentlich ein Gebäude darstellen, wohl aber Räumlichkeiten umfassen, dazu hergerichtet, erheblichere Vorräthe an Gebrauchsgegenständen für längere Zeit zu bergen; übrigens ist die btr. Räumlichkeit einschließlich der darin aufbewahrten Vorräthe als „Magazin" anzusehen, so daß die Inbrandsetzung der letzteren als solche des Magazins sich qualifizirt; **RG.** III 11. März 86 **E. 13** 407.

f) „Vorräthe", d. h. erheblichere Quantitäten zu Gebrauchszwecken dienender, vereinigter Gegenstände (so die GM., insbs.: **RG.** I 21. Feb. 84 **E. 10** 186, Dresden 15. Mai 71 St. **1** 44), die eben wegen ihrer — übrigens thatsächlich zu beurtheilenden (**RG.** I 4. Jan. 86 **E. 13** 218) — Erheblichkeit erst einer künftigen Verwendung harren (Oppenh. N. 6) und nicht so klein sind, daß sie augenblicklich verbraucht werden (vgl. das cit. Dresden); hiernach wird die Eigenschaft eines Haufens 2c. als eines Vorrathes nur durch die objektive Beschaffenheit begründet, nicht durch subjektive, dem Willensbereiche des Eigenthümers entnommene Momente; cit. **RG.** 4. Jan. 86. Im Einzelnen kommen in Betracht:

α. „Waarenvorräthe, welche auf den dazu bestimmten öffentlichen Plätzen (§ 116 N. 2) lagern";

β. „Vorräthe von landwirthschaftlichen Erzeugnissen oder von Bau- oder Brennmaterialien". Da der Begriff „Vorrath" nicht die Unterbringung an einem Orte bestimmter Art und Beschaffenheit erfordert, so fallen, im Gegensatz zu α, wie aus der Entstehungsgeschichte, der ratio legis und der Nebeneinanderstellung mit den „Feldfrüchten" (g) folgt, auch auf dem Transport begriffene Vorräthe landwirthschaftl. Erzeugnisse 2c. unter das Gesetz; so cit. **RG.** 21. Feb. 84. Eine vorgenommene Verarbeitung, zufolge deren eine Substanzveränderung der landwirthschaftl. Erzeugnisse eingetreten, nimmt ihnen diese Eigenschaft; **RG.** III 19. Juni 80 **R. 2** 82, Oppenh. N. 8, v. Schwarze N. 11.

g) „Früchte auf dem Felde", stehende oder bereits perzipirte.

h) „Waldungen", d. h., gleichbedeutend mit Wäldern o. Forsten, umfangreichere, in sich zusammenhängende Grundflächen, und zwar nicht nur insofern dieselben mit den natürlich aus dem Boden wachsenden o. durch Saat bzw. Pflanzung gezogenen Bäumen bestanden

sind, sondern auch insofern sie mit anderen Walderzeugnissen, wie Gras, Moos, Laub, Strauchwerk, bedeckt sind; so: **RG.** I 4. Okt. 80, 3. Jan. 84, III 8. Feb. 82, 19. Feb. 81, E. **2** 314, **9** 381, **6** 22, R. **3** 59, Berlin 19. Okt. 76 O. **17** 677. Dadurch, daß eine so beschaffene Grundfläche nicht, wie regelmäßig, zur Holznutzung bestimmt ist, verliert sie die Eigenschaft eines Waldes nicht; so cit. **RG.** 3. Jan. 84.

i) „Torfmoore".

4) Der § 308 enthält einen sog. Mischthatbestand; die soeben (N. 3) gedachten Gegenstände kommen nämlich nicht unbedingt als Objekte des Verbr. der Brandst. in Betracht, sondern nur unter einer alternativen Voraussetzung, die zu einer Sonderung der Thatbestände in sog. unmittelbare und mittelbare Brandst. Anlaß giebt.

5) Die sog. unmittelbare Brandstiftung setzt voraus, daß die nach N. 3 überhaupt tauglichen Objekte „fremdes Eigenthum" (§§ 305 N. 1 bzw. 242 N. 10 f.) seien; zutreffend ist in der Praxis angenommen, daß das im Eigenthum des Ehemannes stehende Gebäude für die Ehefrau ein fremdes sei; **RG.** II 2. Jan. 85 E. **11** 345. Dieser Mischthatbestand enthält sonach alle Deliktsmerkmale der vorsätzlichen Sachbeschädgg. aus § 303, und scheint demgemäß die Ansicht von Binding Normen **2** 583, daß der Dolus der Brandst. lediglich ein „Sachbeschädigungsvorsatz" sei (vgl. § 306 N. 10), auf den ersten Blick wenigstens für den Fall der sog. unmittelbaren einfachen Brandst. zutreffend (so deshalb auch Ullmann GS. **30** 605); das Mittel — nämlich Hitze bzw. nach § 311 Explosion — sowie die Objekte — nämlich die im § 308 bezeichneten Gegenstände — würden nebst der Kenntniß derselben bei Begehung der That die die Qualifikation der Sachbeschädgg. ausmachenden Strafbarkeitsmerkmale sein; vgl. auch Meves StRZ. **13** 401 und btr. des PrStGB. § 286 Goltd. Mat. **2** 644, „alle Gegenstände desselben seien zugleich auch als isolirte, ohne jede Gefahr in concreto, gedacht, und ihre Anzündung werde daher auch lediglich als eine Beschädigung fremden Eigenthums durch das qualifizirte Mittel des Feuers, in diesem engeren Sinne also nur als Brandstiftung, behandelt und habe man zu diesem Zwecke die bedeutenderen Gegenstände genannt, deren Beschädigung durch die Strafe der Sachbeschädigung nicht genügend geahndet werden würde". Trotzdem muß behauptet werden, daß das RStGB. einen anderen Standpunkt einnimmt und auch diesen Fall der Brandst. als ein eigenthümliches Delikt ansieht. Dafür spricht zunächst die Stellung im Abschn. 27, umsomehr als der Gesetzgeber keinen Anstand genommen hat, das Verbr. des sog. Versicherungsbetr., obgleich dasselbe gleichfalls ein Inbrandsetzen erfordert, im Abschn. 22 zu behandeln. Dazu kommt, daß nach den Motiven die Hinzufügung der „auf öffentlichen Plätzen lagernden Waarenvorräthe" (N. 3 f α) zu den im PrStGB. § 286 bezeichneten Gegenständen erfolgt ist „mit Rücksicht auf die Gleichheit des Grundes, welcher für die Aufnahme von Magazinen spricht, und auf die hohe Gefährlichkeit der That". Der hier speziell hervorgehobene Gesichtspunkt der Gefährlichkeit ist aber nach dem Eingange der Motive zu diesem Abschn. überhaupt der leitende gesetzgeberische Gesichtspunkt gewesen. Mag der Thatbestand der einzelnen im Abschn. 27 zusammengefaßten Delikte dem entsprechen oder nicht, jedenfalls war die „Gefährdung" der leitende Gedanke des Gesetzgebers (Schaper HH. **3** 877). So auch speziell im Falle der unmittelbaren Brandst. aus § 308; für denselben kommt durchweg „ein umfangreiches, also meistens auch werthvolleres Besitzthum" in Frage; mit der Ausdehnung des Brandgegenstandes wächst aber die Gefahr und zwar sowohl der Weiterverbreitung als auch der beim Brande betheiligten Personen; so Schaper aO. S. 879.

Die „abstrakte Gemeingefahr für Eigenthum oder Leben" (v. Liszt S. 514, Siebenhaar ZfStRW. **4** 274 f.) — bei freilich „vorwiegender Gefahr für fremdes Eigenthum" (Hälschner **2** 615) — ist der legislatorische Grund für die Aufstellung des Thatbestandes der Brandst. im § 308 überhaupt und speziell auch für den ersteren Fall desselben; so auch Wanjeck GS. **31** 25 ff.

Hiernach gehören, wie bei der Brandst. aus § 306 (das. N. 10_2), so auch bei der unmittelbaren aus § 308 die Objekte zu den Deliktsmerkmalen; Wanjeck aO.

Weil die unmittelbare Brandst. nicht eine qualifizirte Sachbeschädgg. ist, so glaubt Wanjeck aO. die Frage, ob die Einwilligung des Eigenthümers in die Inbrandsetzung seiner

Sache von der Strafe des § 308 befreie, unbedingt verneinen zu müssen. Dennoch wird der GM., insbs. RG. III 30. März 85 E. 12 138, dahin beizupflichten sein, daß die Einwilligung dann den Dolus ausschließe, wenn der in Brand gesetzte Gegenstand „seiner Beschaffenheit und Lage nach" nicht zu der im § 308 (s. u. N. 6) vorgesehenen Weiterverbreitung geeignet ist; denn, wenn unter dieser Voraussetzung der Eigenthümer selbst straflos die im § 308 bezeichneten Gegenstände in Brand setzen darf, so schließt seine Zustimmung insoweit nothwendig auch das generelle Merkmal des Dolus, das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, aus. Es wird hierdurch nicht eine „Unterscheidung in den § 308 (I. Fall) hineingetragen", sondern es ergiebt sich der Unterschied aus den allgemeinen Grundsätzen über das Erforderniß des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit bei vorsätzlichen Delikten. Mit Recht verneint deshalb auch Hassenstein, G. 19 154, den Thatbestand der unmittelbaren Brandst. in dem Falle, wo Jemand auf Anstiften des Eigenthümers eines gegen Feuersgefahr versicherten Gebäudes ꝛc. dasselbe in betrügerischer Absicht in Brand setzen will (§ 265), in Folge eines error in objecto jedoch das Gebäude eines Dritten anzündet; vgl. auch v. Speßhardt Versicherungsbtr. S. 79.

Die Eigenschaft des in Brand gesetzten Gegenstandes als „fremdes" muß dem Thäter bekannt gewesen sein (§ 59).

6) Als Objekte der sog. mittelbaren Brandstiftung kommen die mehrbezeichneten Gegenstände in Betracht, „wenn sie zwar dem Brandstifter eigenthümlich gehören, jedoch ihrer Beschaffenheit und Lage nach geeignet sind, das Feuer einer der im § 306[1-3] bezeichneten Räumlichkeiten oder einem der vorstehend bezeichneten fremden Gegenstände mitzutheilen"; entscheidend ist sonach das kumulative Moment der Beschaffenheit und Lage des Gegenstandes, wie solches z. B. bei einem in großer Nähe von Gebäuden lagernden Strohvorrathe zutrifft. Andere Momente kommen dagegen nicht in Betracht, wie z. B. die Windrichtung, wenn ein weit ablagernder Strohvorrath in Brand gesetzt wurde.

Auch bei dieser Art der Brandst. ist davon abgesehen worden, die Bewirkung einer objektiven Gefahr zum Thatbestandsmoment zu erheben. Allerdings bildete das gesetzgeberische Motiv auch hier die Gefährlichkeit der Hdlg. (Hälschner 2 621, Oppenh. N. 13, Rüd.-St. N. 2), obschon, in Abweichung vom PrStGB. § 287 (s. o. N. 1), nicht auf Grund eines Redaktionsfehlers sondern beabsichtigter Maßen (vgl. Rüd.-St. N. 9), davon abgesehen wurde, die Inbrandsetzung aller Gegenstände von der im § 308 bezeichneten „Beschaffenheit und Lage" als sog. mittelbare Brandst. zu strafen. Wenn auch die Handlung „regelmäßig eine Spezialgefahr und häufig eine Gemeingefahr bewirken wird, so ist sie doch keineswegs nur für den Fall ihrer Gefährlichkeit unter Strafe gestellt"; vielmehr findet § 308 auch dann Anwendung, wenn — trotz der daselbst vorausgesetzten „Beschaffenheit und Lage" des in Brand gesetzten Gegenstandes — z. B. ein konträrer Wind in concreto jede Gefahr ausschloß; so: Binding Normen 2 582 f., Hälschner 2 615, H. Meyer S. 908, Schütze S. 511, Ullmann, Wanjeck, GS. 30 595, 605, 31 29, Siebenhaar ZfStRW. 4 274. Unrichtig ist deshalb jedenfalls die Ansicht von Schaper HH. 3 882, daß, wenn der Thäter in der Ueberzeugung handele, die an sich mögliche Gefahr bleibe unter den obwaltenden Umständen ausgeschlossen, die Brandst. nicht in das Gebiet des Vorsatzes falle. Das Gesetz verlangt keine „Gefährdung", folglich auch keinen „Gefährdungsvorsatz". Ganz hinfällig ist die Auffassung von Schaper aO. S. 880 N. 13 u. von v. Schwarze N. 6, als ob bei der zweiten Alternative des § 308 der Gesetzgeber eine „praesumtio doli etablirt habe" hinsichtlich der lediglich in abstracto als gefährdet gedachten Gegenstände. Es ergiebt sich hieraus übrigens das Unzutreffende und zugleich Gefährliche der Bezeichnung dieses Falles der Brandst. als „unmittelbarer", welche auch Ullmann, GS. 30 605, zu der unklaren Ansicht verleitet, bei der mittelbaren Brandst. sei Sachbeschädigungsvorsatz dann vorhanden, wenn die Anzündung des unmittelbaren Gegenstandes in der Absicht geschah, das mittelbare Objekt in Brand zu setzen (s. u. N. 9c).

Daß der Thäter in dem Bewußtsein davon gehandelt haben muß, die in Brand gesetzten Gegenstände seien „ihrer Beschaffenheit und Lage nach" zur Mittheilung des Feuers in der fraglichen Weise geeignet, ist selbstverständlich.

7) Bezüglich des **Vorsatzes** ist, außer dem in den N. 5, 6 bereits Bemerkten, noch hervorzuheben, daß derselbe, wie bei der schweren Brandst. (§ 306 N. 10_3), darauf gerichtet sein muß, eines der überhaupt in Betracht kommenden Objekte (N. 3) als solches in Brand zu setzen. Deshalb ist z. B. der Vorsatz der Inbrandsetzung einer „Waldung" zu verneinen, wenn der Thäter, diese als ein „umfangreiches Besitzthum" in Brand zu setzen, auch nicht einmal eventuell beabsichtigte, sondern nur einen einzelnen Baum oder Strauch oder eine kleine Grasfläche in Brand setzen wollte; so **RG.** 8. Feb. 82; vgl. jedoch auch **RG.** 19. Feb. 81 (beide citirt o. N. 3h), welches „die bestimmte Absicht, den Wald seinem Wesen nach, d. h. das Holz als Hauptbestandtheil, in Brand zu setzen, falls nur das Bewußtsein der für den Holzbestand erwachsenden Gefahr vorlag", nicht erfordert. Verschieden von dem der Entsch. **RG.** 8. Feb. 82 zu Grunde liegenden Falle ist aber derjenige, wenn Jemand einen Theil seines Hauses ꝛc. — z. B. das Dach — in Brand setzt, allerdings mit der Absicht, das Feuer wieder auszulöschen; hier liegt in der auf Inbrandsetzung des Daches gerichteten Absicht zugleich die auf Inbrandsetzung des Hauses selbst gerichtete; die Absicht, das entstandene Feuer wieder zu löschen, ist nichts als die Absicht nachträglicher Wiederbeseitigung des Erfolges; **RG.** III 3. Jan. 80 E. **18** 355.

Während ein Irrthum über die Mittel — Hitze oder Explosion (§ 311) — auch hier, wie im Falle des § 306 (das. N. 10_2), zweifellos für gleichgültig zu erachten ist, fragt es sich, ob ein solcher hinsichtlich der nach § 308 an sich tauglichen Objekte ins Gewicht falle. Diese Frage ist mit Wanjeck GS. **31** 28 zu bejahen, da es sich, wie im § 306, bei den Objekten um „Deliktsmerkmale" handelt (s. o. N. 5), deren spezielle Kenntniß bei einem vorsätzlichen Delikte für erforderlich zu erachten ist, wenn nicht das Gesetz mit Sicherheit erkennen läßt, daß es eine solche nicht verlange; die Gegenstände des § 308 sind aber „in räumlicher Ausdehnung und Lage so verschieden, daß nicht jeder beliebige derselben als gleichwerthig an die Stelle des anderen gesetzt werden kann"; wegen Bindings abweichender Ansicht vgl. § 306 N. 10_2; ebenso abweichend übrigens Hälschner 2 622.

8) Ein nach § 43 strafb. **Versuch** (vgl. § 306 N. 11) ist bei beiden Mischthatbeständen des § 308 denkbar.

9a) Wegen des **Verhältnisses** zum § 265 vgl. § 306 N. 12b; die Strafe ist jedoch bei Idealkonk. mit § 308 aus § 265 zu bemessen (§ 73 N. 29 I b α 1); so: Geyer **2** 61, Merkel S. 330, Habermaas Idealkonk. S. 75, v. Speßhardt Versicherungsbtr. S. 63, im Resultate auch Binding **1** 351, der aber nicht Idealkonk., sondern „Alternativität der Gesetze" (§ 73 N. 15) annimmt.

b) Bezüglich des Verhältnisses zur Sachbeschädgg. (§§ 303—305) ist zwischen den beiden Mischthatbeständen des § 308 zu unterscheiden. Die sog. unmittelbare Brandst. schließt als engerer Thatbestand (N. 5) die Sachbeschädgg. aus § 303 aus (§ 73 N. 12); deshalb bleibt die Hdlg., wenn wegen der Brandst. nach § 310 Straflosigkeit eintritt, überhaupt straflos. Mit den Fällen der Sachbeschädgg. aus § 304 o. § 305 kann dagegen Idealkonk. eintreten (vgl. § 306 N. 12c). Bei der sog. mittelbaren Brandst. ist Idealkonk. mit § 304 denkbar; dagegen kann von einer solchen mit der Sachbeschädgg. aus §§ 303, 305 der Natur der Sache nach nicht die Rede sein, weil diese als Objekt „eine fremde Sache", jene dagegen umgekehrt „eine eigene Sache" zur Voraussetzung hat.

c) Zwischen der Brandst. aus § 308 in ihren beiden Mischthatbeständen und derjenigen aus § 306 bzw. § 307 kann Idealkonk. eintreten; so die GM., insbs. Berlin 22. Dez. 75 G. **23** 547; aM. Hälschner **2** 622, Binding Normen **2** 586 u. v. Buri GS. **29** Beilageh. S. 220, die nur Konkurrenz zweier Qualifikationsgründe (vgl. § 73 N. 21a) annehmen. Eine solche Idealkonk. liegt namentl. dann vor, wenn die sog. mittelbare Brandst. in der That als Mittel zur Inbrandsetzung bewohnter Gebäude ꝛc. vorgenommen wird; gelingt dieser Zweck nicht, liegt somit nur ein Versuch des Verbr. aus § 306 bzw. § 307 [2, 3] vor, so ist die Strafe dennoch aus diesen §§. i. V. mit § 43 und nicht aus § 308 zu bemessen.

10) Die **ordentliche Hauptstrafe** des **vollendeten** Verbr. ist Zuchthaus von 1—10 J. (§ 14_2); die für den Fall **mild. Umst.** (Th. I Abschn. 4 N. 13a ff.) angedrohte Hauptstr. ist Gefängniß von 6 Mt.—5 J. (§ 16). Als **Nebenstr.** können erkannt werden:

a. neben Zuchth. u. Gef. nach § 32 VbbER.;
b. neben Zuchth. nach § 325 ZulvPolAuff.
Der Versuch (N. 8) ist nach den §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen.
Wegen Straflosigkeit vgl. § 310.
11) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67, in zehn Jahren.
Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73[2-7], 136[1].

§. 309.

Wer durch Fahrlässigkeit einen Brand der in den §§. 306 und 308 bezeichneten Art herbeiführt, wird mit Gefängniß bis zu Einem Jahre oder mit Geldstrafe bis zu neunhundert Mark und, wenn durch den Brand der Tod eines Menschen verursacht worden ist, mit Gefängniß von Einem Monat bis zu drei Jahren bestraft.

PrStGB. § 288. Entw. I § 289, II § 306.

1) „Die fahrlässige Brandst. — bemerken die Motive — schließt sich allenthalben, insoweit nicht der Unterschied des dolus und der culpa in Frage kommt, dem Thatbestand der dolosen Brandst. an". Es sind deshalb im allg. § 306 N. 1, 2 sowie im speziellen die §§ 306 N. 3—9, 308 N. 2—6 zu vergleichen.

2) Die einfache fahrlässige Brandst. erfordert zunächst die Verursachung (Th. I Abschn. 3 N. 2) eines Brandes der in den §§ 306 u. 308 bezeichneten Art durch eine Hdlg. des Thäters; RG. I. 26. Jan. 82 R. 4 72. Wenn das Gesetz hier, abweichend nicht nur vom PrStGB. § 288 und Entw. I § 289, sondern auch von seinem eigenen Sprachgebrauche (Th. I Abschn. 4 N. 3,), statt „verursacht" des Ausdrucks „herbeiführt" sich bedient, so ist dieses ohne sachliche Bedeutung (Schaper HH. 3 888 N. 5, Rüd.-St. N. 1, Oppenh. N. 3) und daraus zu erklären, daß der Gesetzgeber es vorgezogen hat, im Satz 2 des § 309 die dort gebrauchte stereotype Wendung der abweichenden Fassung des PrStGB. zu substituiren (s. u. N. 6), und nunmehr die Wiederholung vermeiden wollte (vgl. auch §§ 312 N. 3, 321 N. 6). Nach Rüd.-St. § 310 N. 1 soll auch noch der stylistische Grund mitbestimmend gewesen sein, daß der Ausdruck „Inbrandsetzung" mehr dem vorsätzlichen als dem fahrlässigen Handeln entspreche. Jedenfalls ist hiernach die Feststellung, daß der Angeklagte ein Gebäude ꝛc. fahrlässig „in Brand gesetzt habe", mit Recht dem § 308 entsprechend erachtet worden; RG. I 14. März 81 E. 4 22.

3) Es wird ferner eine „Fahrlässigkeit" (§ 59 N. 17) auf Seiten des Thäters erfordert, welche in der Praxis

I. angenommen wurde bei einem selbständigen Arbeiter, der sich mit einem offenen Licht an einen Ort begeben, wo ein solches wegen Feuergefährlichkt. nicht benutzt werden durfte, mochte ihm auch dasselbe von seinem Arbeitsgeber zum Gebrauche bei der an dem btr. Orte vorzunehmenden Arbeit gegeben worden sein; RG. I 4. Mai 82 R. 4 428; bei Unterlssg. des Verschlusses der durch Herausschrauben eines Gasarmes aus der Gasleitung entstandenen Oeffnung derselben; Dresden 20. Apr. 74 St. 5 163 (btr. § 311);

II. verneint wurde bei zeitweiligem Offenstehenlassen von Zündhölzern, zu welchen ein sechsjähriger Knabe gelangen konnte — nach Belegenheit des konkreten Falles sowie unter Berücksichtigung des durch die Verhältnisse bedingten Herkömmlichen und Ueblichen; Dresden 16. Jan. 74 St. 4 198.

4) Es wird endlich die — unmittelbare oder mittelbare (vgl. § 306 N. 4) — Verursachung des Brandes gerade „durch die Fahrlässigkeit" des Thäters erfordert; vgl. § 222 N. 4, insbs. das das. Abs. 2 cit. RG. 29. März 82. In der Praxis ist das Vorliegen eines solchen Kausalzusammenhanges z. B. angenommen: bei Herbeiführung des Brandes einer Scheune durch Herabfallen einer so fahrlässig aufgestellten Laterne, daß sie in Folge der geringsten Erschütterung herunterfallen konnte, sollte auch nicht festgestellt werden können, welches konkrete Ereigniß das Herunterfallen bewirkte und ob der Angeklagte gerade dieses vorhersehen konnte; so das cit. RG. 29. März 82; bei Herbeiführung

eines Brandes durch das fahrl. Thun des Angeklagten, mochte auch das fahrlässige Verhalten anderer Personen mitgewirkt haben; RG. I 4. Mai 82 R. 4 428; beim Ausströmenlassen von Gas bzw. bei schlechter Setzung eines Ofens (Kochheerdes), mochte auch die Explosion (§ 311) bzw. der Brand nicht unmittelbar dadurch, sondern erst durch Hinzutritt eines weiterem Vorganges, wie Annäherung einer dritten Person mit Licht bzw. Anlegung des Feuers im Ofen durch einen Dritten, herbeigeführt sein; Dresden 20. Apr. 74 St. 5 163, Jena 77 Strafrechtspr. 2 540.

Da übrigens ein „Brand der in den §§ 306 u. 308 bezeichneten Art" durch Fahrlässigkeit herbeigeführt sein muß, so liegt fahrlässige Brandst. i. S. des § 309 auch dann vor, wenn Jemand zwar eine eigene Sache der im § 308 gedachten Beschaffenheit vorsätzlich in Brand setzte, ihm aber aus Fahrlässigkeit unbekannt geblieben war, daß die Sache zur Mittheilung des Feuers in der im § 308 vorgesehenen Weise geeignet war; denn die Herbeiführung zwar nicht des Brandes als solchen, wohl aber der sog. mittelb. Brandst. beruht auch in diesem Falle auf Fahrlässigkeit, da der Thäter eine erlaubte Inbrandsetzung beabsichtigte; aM. Oppenh. N. 2.

Bei Unkenntniß des Vorhandenseins von Thatumständen, die zum gesetzlichen Thatbestande gehören, wie also z. B. das Bewohntsein eines Gebäudes (§ 306 [2]), findet lediglich § 59, Anwendung; deshalb ist die Ansicht von Oppenh. N. 2 (die Anwendung des § 309 werde durch solche Unkenntniß nicht ausgeschlossen) unrichtig.

5) Fahrlässige Brandst. kann mit vorsätzlicher in Idealkonk. (§ 73) treten; so dann, wenn bei vorsätzlicher sog. mittelbarer Brandst. der Brand unbeabsichtigter Weise bewohnte Gebäude ꝛc. ergreift und dieser Erfolg vom Brandstifter vorausgesehen werden konnte (vgl. jedoch Rüd.-St. § 307 N. 3, es sei dies nur ein Strafzumessungsgrund für § 306 — was insofern richtig, als die Strafe lediglich aus diesem zu bemessen ist); ferner dann, wenn der Thäter zwar wissentlich ein fremdes Gebäude in Brand setzte, dabei jedoch fahrlässiger Weise nicht wußte, daß es um ein Wohngebäude sich handele; auch hier konkurrirt der erste Mischthatbestand des § 308 mit den §§ 309, 306 [2] (vgl. den ähnlichen Fall o. N. 4_2); aM.: Hälschner 2 623, Binding Normen 2 585 N. 858, weil das Nichtwissen eines „Strafbarkeitsmerkmales" (s. jedoch § 306 N. 10) mit der culpa nichts zu thun habe.

6) Eine qualifizirte fahrlässige Brandst. liegt vor, wenn „durch den Brand der Tod eines Menschen verursacht worden ist". Dieser straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 ist nicht, wie im § 307 [2] (das. N. 3), von einer besonderen Art des Kausalzusammenhanges bedingt, vielmehr genügt jeder ursächliche Zusammenhang, gleichwie in den anderen Fällen, wo das StGB. dieses straferhöh. Umst. ebenfalls gedenkt (vgl. z. B. §§ 178, 226); so die GM., insbs. RG. III 3. Dez. 81 E. 5 202, welches die Qualifikation in einem Falle für vorliegend erachtete, wo Jemand das brennende Gebäude bereits verlassen und erst bei Rückkehr dahin behufs Rettung von Sachen seinen Tod durch Verbrennen gefunden hatte; aM. Bruck Fahrlässgkt. S. 97, weil eine den Kausalzusammenhang unterbrechende Zwischenursache eingetreten sei.

Daß der Tod dem Thäter zur Fahrlässigkeit zuzurechnen sei, ist nicht erforderlich (vgl. Th. I Abschn. 4 N. 3_2); so die GM.; aM.: Hälschner 2 30, 623, Schaper HH. 3 888 N. 4, Schütze S. 517. Deshalb ist Idealkonk. der qualifizirten fahrlässigen Brandst. mit fahrlässiger Tödtung aus § 222 denkbar, da bei dieser der Tod „durch Fahrlässigkeit" verursacht sein muß (§ 222 N. 4); so die GM.; aM. Hälschner aO. Bei Konkurrenz mit Abs. 1 des § 222 ist die Strafe aus § 309, bei solcher mit Abs. 2 des § 222 aus letzterem zu bemessen; v. Prittwitz G. 30 160.

7) Die Strafe des einfachen Verg. (N. 2) ist wahlweise Gefängniß von 1 T.—1 J. (§ 16) o. Geldstr. von 3—900 M. (§ 27), diejenige des qualifizirten Verg. (N. 6) Gefängniß von 1 Mt.—3 J. Wegen Straflosigkeit vgl. § 310.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67, in fünf Jahren. Wegen des Beginnes der Verjährung vgl. § 67 N. 10, namentl. das das. cit. RG. 2. Nov. 83, wegen des Beginnes beim qualif. Verg. insbs. das. N. 9.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73 [1], 27.

§. 310.

Hat der Thäter den Brand, bevor derselbe entdeckt und ein weiterer als der durch die bloße Inbrandsetzung bewirkte Schade entstanden war, wieder gelöscht, so tritt Straflosigkeit ein.

PrStGB. (fehlt). Entw. I (fehlt), II § 307.

1a) Der erst von der Bundeskommission aufgenommene § 310 hatte nach Rüd.-St. N. 1 ursprünglich seine Stellung vor dem § 309, bezog sich also nur auf die Fälle der vorsätzlichen Brandst.; demnächst erst wurde ihm seitens der Kommission die jetzige Stellung angewiesen, damit er auch auf die fahrlässige Brandst. Anwendung finde; er bezieht sich somit zweifellos auf beide Arten der Brandst.; so, außer den Motiven: RG. III 26. Sept. 89 E. **19** 394, Dresden 5. Feb. 75 St. **6** 36. Nicht jedoch auf den Versicherungsbetr. aus § 265, da die Ausnahmevorschrift (N. 2) nicht ausdehnend interpretirt werden darf, der Wortlaut („den Brand") aber mit Klarheit auf die eben vorhergegangenen Bestimmungen hinweist; so: H. Meyer S. 909 N. 31, Oppenh. § 265 N. 6, Rubo § 265 N. 4, v. Speßhardt Versicherungsbtr. S. 48 (dieser noch bemerkend, daß anderenfalls das Gesetz bei dem Seeversicherungsbtr. grundlos Straflosigkeit versagt haben würde); aM.: Puchelt § 265 N. 5, v. Schwarze § 265 N. 9, R. Herzog Rücktritt S. 259.

b) Wenn auch § 310 sowohl auf vorsätzl. wie auf fahrl. Brandst. sich bezieht, so zeigt sich doch bei der Anwendung des § 310 in beiden Fällen in subjektiver Hinsicht naturgemäß ein Unterschied. Denn während bei der vorsätzl. Brandst. dem auf letztere gerichteten Vorsatz ein auf Löschung des Brandes gerichteter Vorsatz gegenübertreten muß, mag letzterer auch schon von vornherein bei Begehung der That vorgelegen haben (vgl. das u. N. 2 u. 5a cit. RG. 3. Jan. 89), so verliert das subjektive Moment bei der fahrl. Begehungsart sich ins Unbestimmte und die Straflosigkeit des Thäters ist von allerlei Zufälligkeiten bedingt, welche mit der inneren und äußeren Seite der Strafthat in keinem und nur noch mit der Abwendung der weiteren Gefahr in Zusammenhang stehen; so im wesentlichen RG. III 26. Sept. 89 E. **19** 394.

2) Ausnahmsweise (vgl. § 46 N. 16a) statuirt das Gesetz, falls der Thäter den weiteren Folgen der bereits vollendeten Brandst. entgegentritt, einen Strafaufhebungsgrund i. S. der StPO. § 295$_2$; so: Oppenh. N. 7, Löwe StPO. § 295 N. 9b i. V. mit GVG. § 196 N. 3dα, Thilo StPO. § 295 N. 3. Inhalts des § 310 muß eine „Inbrandsetzung" stattgefunden haben, folglich die strafb. Hdlg. selbst bereits vollendet sein (vgl. § 306 N. 2 sowie RG. III 3. Jan. 89 E. **18** 355). Es ergiebt sich hieraus, daß § 310 auf den Fall des sog. beendigten Versuchs gar keinen Bezug hat; liegt ein solcher bei einer Brandst. vor, so findet vielmehr § 46^2 Anwendung.

Uebrigens enthält § 310 zugleich einen strafausschließenden Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 266$_2$.

3) Die Strafaufhebung ist zunächst dadurch bedingt, daß noch nicht „ein weiterer als der durch die bloße Inbrandsetzung bewirkte Schaden entstanden war". Die Inbrandsetzung (§ 306 N. 2) enthält nothwendig die mindestens theilweise Zerstörung der in Brand gesetzten Sache, ruft also objektiv jedenfalls einen Schaden hervor; Meves GS. **24** 179. Es fragt sich, wann ein „weiterer" Schaden als der durch „die bloße Inbrandsetzung" bewirkte anzunehmen sei. Die im Anschluß an die Motive von RG. I 3. Mai 80 E. **1** 375 sowie von Schütze S. 517 vertretene Ansicht, daß der weitere Schade ein „erheblicher" sein müsse, findet in den Gesetzesworten selbst keinen Anhalt; Meves GS. **24** 182. Ebensowenig erscheint das negative Erforderniß gerechtfertigt, daß der Brand sich noch nicht soweit ausgebreitet haben dürfe, daß der Brandstifter allein ihn nicht mehr löschen könne; so jedoch HH. **3** 883 N. 20. Ein „weiterer" Schaden i. S. des § 310 ist vielmehr anzunehmen, sobald der Brand nicht mehr auf den durch die konkrete Ausführung der That bedingten Herd sich beschränkt, sondern weiter um sich greifend — wenn auch nicht nothwendig andere Gegenstände erfassend — auch fortschreitende Zerstörung mit sich führt; so im wesentlichen: Meves aO. S. 180, Blum N. 1, Oppenh. N. 5, Pape Vers. u. Vollbg. b. d. Brandst.

S. 75 ff. Wann ein derartiger „weiterer Schaden", der nicht blos an Sachen, sondern auch an Personen sich ereignen kann (so die Motive), als entstanden anzunehmen sei, unterliegt wesentlich thatsächlicher Beurtheilung; Hälschner 2 624, Rüd.-St. N. 4, Pape aO. S. 79, R. Herzog Rücktritt S. 260. Unbedingt liegt ein solcher im Falle des § 307[1] vor, weshalb in demselben eine Strafaufhebg. niemals stattfinden kann; Rubo N. 2. Zutreffend bemerkt übrigens Meves aO., daß durch den Begriff des „weiteren Schadens" behufs Herbeiführung der Straflosigkeit sachlich „ein sofortiges Löschen ohne die geringste Zögerung" erforderlich sei.

4) Weitere Voraussetzung ist, daß „der Brand", d. h. nicht blos die Rauchsäule o. der Feuerschein, sd. das Brennen des Gegenstandes (R. Herzog Rücktritt S. 260), „noch nicht entdeckt" sei; vgl. dieserhalb § 46 N. 19 ff. und namentl. das das. N. 19 u. 21 cit. **RG.** I 3. Mai 80 **E. 1** 375, sowie mit der dortigen Ausführung in N. 21 wesentlich übereinstimmend: **RG.** III 16. Nov. 91 **G. 39** 330, Berlin 26. Feb. 75 St. **5** 162 (Entdeckung sei nur anzunehmen, wenn der Brand von einem unbetheiligten Dritten wahrgenommen werde, noch ehe dem Thäter o. der von ihm herbeigerufenen Hülfe die Löschung gelungen), Geyer **2** 113, Hälschner **2** 625, Oppenh. N. 4, R. Herzog aO., Pape Vers. u. Vollbg. b. d. Brandst. S. 80 (vgl. jedoch § 46 N. 26); aM. Meves GS. **24** 177.

Speziell bei der fahrl. Brandstftg. ist übrigens nicht unbedingt wesentlich, daß der Delinquent sofort zum Bewußtsein seiner Fahrlässigkeitsschuld gelangt sei, wenn er nur als Erster den Brand als solchen erkannt hatte; **RG.** III 26. Sept. 89 **E. 19** 394 (s. o. N. 1 b).

5a) Liegen die beiden in N. 3 u. 4 gedachten Voraussetzungen vor, so tritt Straflosigkeit ein, wenn „der Thäter den Brand wieder gelöscht hat"; es kann wohl von vornherein nicht zweifelhaft sein, daß nur ein vorsätzliches Löschen gemeint sei (vgl. § 46 N. 17); es spricht dafür namentl. auch die in den Motiven gebrauchte Bezeichnung der sog. „thätigen Reue", die freilich im übrigen unrichtig ist, da es auf das maßgebend gewesene Motiv nicht ankommt (Hälschner **2** 626, Schaper HH. **3** 883), abgesehen davon, daß bei einer „fahrlässigen" Brandst., auf welche § 310 doch gleichfalls sich bezieht (N. 1), von einer „Reue" kaum gesprochen werden kann. Nicht ausreichend ist dagegen die Absicht, die Wiederbeseitigung des Brandes zu versuchen, vielmehr bildet nur die Thatsache der Beseitigung des Brandes einen Strafausschließungsgrund; deshalb ist § 310 auch nicht anwendbar, wenn es nur zum Versuche einer Brandstiftung kam, der Thäter jedoch bei Begehung der That die eben bezeichnete Absicht hatte; so das o. N. 2 cit. **RG.** 3. Jan. 89 (trotz der anscheinend harten Konsequenz gegenüber dem Falle der vollendeten That); aM. Kohler Studien **1** 122 N**.

b) Mit dem fraglichen Erfordernisse wird, wie im § 46², sachlich eine eigene Thätigkeit des Brandstifters erfordert; er selbst muß den Brand wieder gelöscht haben; so: v. Liszt S. 513, Meves GS. **24** 175, Pape Vers. u. Vollbg. b. d. Brandst. S. 74 u. speziell für den Fall der fahrl. Brandstftg. **RG.** III 26. Sept. 89 **E. 19** 394. Doch bedeutet dieses Erforderniß nicht, daß der Thäter den Brand mit eigenen Händen gelöscht haben müsse; es gilt vielmehr das in N. 18_2 zum § 46 Bemerkte entsprechend, so daß auch die Mitwirkung fremder Hülfe dem Thäter zu Statten kommt, falls nur die fremden, zur Löschung wirksam gewordenen Kräfte vom Thäter in Bewegung gesetzt waren, so daß sie als für ihn wirkende Kräfte sich darstellten; so das cit. **RG.** 26. Sept. 89, ferner: Berlin 26. Feb. 75, Dresden 5. Feb. 75, St. **5** 162, **6** 36, Hälschner **2** 625, v. Liszt aO. Dagegen nimmt Schaper HH. **3** 883 N. 20 an, daß dem Brandstifter dasjenige, was Andere auf seine Veranlassung thun, nur zu gute komme, wenn er selbst vor dem Hinzutreten Unbetheiligter mit der Löschungsthätigkeit begonnen hatte.

6) Die im § 163_2 gleichfalls gebrauchte Wendung „Straflosigkeit tritt ein" (vgl. auch den Eingang des § 158) bezeichnet, daß die Strafaufhebung nur demjenigen zu gute komme, der den Brand gelöscht hat, nicht aber den bei der Löschung unbetheiligten Theilnehmern an der Brandst. (vgl. § 163 N. 6_3); so die GM. Nach der Ausführung in N. 2 zum § 46 liegt hierin eine Abweichung von demjenigen, was bezüglich der Wirkung der Strafaufhebung beim beendigten Versuch gilt. Man wird deshalb hier im § 310 auch das Wort „Thäter" anders als im § 46 (das. N. 7) auslegen und darunter den Anstifter und Gehülfen

mit begreifen müssen; so die OM.; aM. Meves GS. 24 175, während Binding 1 221 „analogische Ausdehnung" dieses Strafausschließungsgrundes auf den Anstifter, vielleicht „auch auf den Gehülfen" annimmt.

7) Unwirksam ist die irrthümliche Annahme der Voraussetzungen des § 310, z. B. des Nochnichtentdecktseins, selbst bei im übrigen entsprechender Thätigkeit; § 59 N. 25e.

§. 311.

Die gänzliche oder theilweise Zerstörung einer Sache durch Gebrauch von Pulver oder anderen explodirenden Stoffen ist der Inbrandsetzung der Sache gleich zu achten.

PrStGB. § 289. Entw. I § 290, II § 308. Aktenst. Nr. 92.
Vgl. § 325 sowie EG. § 4.

1a) Der begrifflich eine gänzliche oder theilweise Zerstörung einer Sache (§ 306 N. 2) involvirenden „Inbrandsetzung", d. h. sowohl der vorsätzl. wie der fahrl., ist nach § 311 „die gänzliche oder theilweise Zerstörung (§ 303 N. 5) einer Sache durch Gebrauch von Pulver oder anderen explodirenden Stoffen (§ 296 N. 7cβ) gleichzuachten". Darunter ist zu verstehen jede durch das Umgehen mit explodirenden Stoffen verursachte Zerstörung, also jede Zerstörung, die durch Verwendung solcher Stoffe bzw. durch Gebaren mit solchen herbeigeführt wird; keineswegs erfordert der Ausdruck „Gebrauch" eine Thätigkeit, welche zweckentsprechend, d. h. auf die Benutzung irgend einer Eigenschaft der zu gebrauchenden Sache, gerichtet ist; es würde das mit den durch § 311 mitbegriffenen Fahrlässigkeitsvergehen unvereinbar sein; so: RG. III 11. März 89 E. 19 279, Dresden 20. Apr. 74 St. 5 163, Hälschner 2 629, Schütze S. 518 N. 35, Oppenh. N. 2; vgl. auch die Motive „Zerstörung durch Pulver" ꝛc.

b) Die „Gleichachtung" der Herbeiführung einer Explosion mit der Inbrandsetzung, welche nicht „im Sinne dieses Strafgesetzes" (vgl. § 8 N. 1) ausgesprochen ist, wird auch schon nach der, lediglich auf die vorhergehenden §§. deutenden, Fassung „der Inbrandsetzung der Sache" sowenig wie § 310 (das. N. 1) ausdehnend zu verstehen sein, wenn auch kein Grund vorliegt, eine Bedrohung mit Herbeiführung einer Explosion nicht als solche „mit Brandstiftung" i. S. des § 254 (das. N. 2b) anzusehen. Was insbs. den § 265 betrifft, so findet derselbe direkt Anwendung, falls die Explosion eine Inbrandsetzung verursacht; ohne diese Voraussetzung würde seine Anwendung daran scheitern, daß er von einer „gegen Feuersgefahr versicherten Sache" spricht; so richtig v. Speßhardt Versicherungsbtr. S. 47 u. ferner: Hälschner 2 629, Merkel HH. 3 780, Schütze S. 475 N. 17, Oppenh. § 265 N. 5, Meves StRZ. 13 407; aM. Rubo § 265 N. 3.

2) Aus der Gleichstellung der beiden im § 311 gedachten Mittel ergiebt sich zunächst, daß „in dem Falle, in welchem die Voraussetzungen des § 311 eintreffen, auch alle die Strafvorschriften über die Brandstiftung mit ihren nach den Gegenständen, der Zeit der Handlung und den sonstigen Umständen gemachten Unterscheidungen zur Anwendung zu bringen sind" (so die Motive). Der Natur der Sache nach ist lediglich die Anwendung des § 307[3] im Falle der Verursachung einer Explosion ausgeschlossen (Oppenh. N. 1); bewirkt nämlich die Explosion eine „Inbrandsetzung", so findet § 307[3] unmittelbare Anwendung, selbst wenn der Thäter hinsichtlich des Mittels — ob Feuer, ob Explosion — sich geirrt haben sollte, da ein solcher Irrthum bei der gesetzlichen Gleichstellung beider Mittel für einflußlos erachtet werden muß (vgl. §§ 306 N. 10_2, 308 N. 7_2); Wanjeck GS. 31 21, Binding Normen 2 584.

3) Straflosigkeit nach Maßgabe des § 310 kann im Falle einer durch Explosion bewirkten Zerstörung nicht eintreten; § 310 kann hier keine Anwendung finden, weil er von einer bei einer Explosion nicht zutreffenden Voraussetzung ausgeht, da deren Wirkung von vornherein eine andere ist als eine „bloße Inbrandsetzung", die zunächst einen „weiteren Schaden" nicht bewirkt; so: v. Liszt S. 515, Oppenh. N. 1, Rubo N. 5, Rüd.-St. N. 2; aM.: Puchelt N. 2, Geyer 2 114 (freilich würden thatsächlich nur ausnahmsweise die Bedingungen des § 310 vorliegen), auch Pape Vers. u. Vollendg. b. d. Brandst. S. 72.

§. 312.

Wer mit gemeiner Gefahr für Menschenleben vorsätzlich eine Ueberschwemmung herbeiführt, wird mit Zuchthaus nicht unter drei Jahren und, wenn durch die Ueberschwemmung der Tod eines Menschen verursacht worden ist, mit Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft.

PrStGB. §§ 290, 292. Entw. I §§ 291, 293, II § 309. Aktenst. Nr. 92.
Vgl. § 325 sowie EG. § 4.

Zu §§ 312—314. N. 1—5.

1) Wie die §§ 306—310 die gemeingefährl. V. u. V. durch Entfesselung der Naturkraft der Hitze (des Feuers) betreffen, so die §§ 312—314 diejenigen durch Entfesselung der Naturkraft des Wassers, indem die §§ 312, 313 gegen die vorsätzliche, § 314 aber gegen die fahrlässige Herbeiführung einer Ueberschwemmung (N. 2) sich richten.

Durch die Regelung dieser Materie in den §§ 312—314 werden die wasserpolizeil. Vorschriften, insbs. auch die die Verhütung von Ueberschwemmungen betreffenden, nicht berührt und sind sie demgemäß durch jene §§. nicht außer Kraft gesetzt (vgl. auch § 321 N. 4_3); Berlin 6. Juni 74 O. 15 365.

2) Unter einer „Ueberschwemmung" ist nicht jede Ueberströmung eines sonst wasserfreien Theiles der Erdoberfläche mit Wasser zu verstehen, sondern eine Ueberfluthung mit Wasser von solcher Menge, Gewalt und räumlichen Ausdehnung, daß dadurch eine Entfesselung der Naturkraft des Wassers eintritt (N. 1), welche eine Gefahr für das überfluthete Gebiet in sich birgt; so die GM., insbs.: RG. IV 13. Okt. 85 R. 7 577, Dresden 29. Jan. 75 St. 6 39; aM. Blum N. 3.

3) Die „Herbeiführung" einer Ueberschwemmung bedeutet lediglich deren „Verursachung"; es greift hier das § 309 N. 2 Bemerkte Platz, indem im § 312 die „Verursachung des Todes eines Menschen" gleichfalls einen straferhöh. Umst. bildet, daher mit Rücksicht auf diese Wendung im § 312 der Ausdruck „Herbeiführung" gewählt und der Gleichmäßigkeit wegen in den §§ 313, 314 beibehalten wurde; aM. v. Schwarze N. 4 (das für zu speziell erachtete Wort „verursacht" sei durch den allg. Ausdruck „herbeiführt" ersetzt worden) und mit Berufung auf denselben Schaper HH. 3 891 N. 5.

Hinsichtlich der Verursachung einer Ueberschwemmung gelten die allg. Grundsätze (Th. I Abschn. 3 N. 2). Deren Anwendung i. V. mit dem Inhalte der §§ 312—314, nach welchen ein rechtlicher Unterschied sowenig zwischen der gänzlichen und der nur theilweisen Herbeiführung einer Ueberschwemmung wie zwischen der Herbeiführung einer totalen und einer nur partiellen Ueberschwemmung besteht, ergiebt, daß auch die Vergrößerung einer schon vorhandenen anderweitigen Ueberschwemmung durch Erweiterung des Inundationsgebietes oder Erhöhung des Wasserstandes als „Herbeiführung einer Ueberschwemmung" anzusehen ist, indem lediglich der immer vorhandenen Mitwirkung elementarer Kräfte in der Kausalitätsreihe nur ein Faktor mehr hinzugefügt wird (vgl. jedoch N. 4_3); so RG. III 23. Dez. 81 E. 5 309, im Resultate auch Stuttgart 10/16. Sept. 74 St. 4 199.

4) „Mit gemeiner Gefahr" und zwar „für Menschenleben" (§ 312) oder „für das Eigenthum" (§ 313) oder für eines von beiden „für Leben oder Eigenthum" (§ 314) muß die Ueberschwemmung herbeigeführt sein. Das Merkmal der gem. Gefahr, welches innerhalb des Abschn. 27 (das. N. 1) lediglich in den §§ 312—314 sich findet, kommt sonach gemäß ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift nur in der Beziehung auf „Leben und Eigenthum" in Betracht, während eine Gemeingefahr für andere Güter, z. B. die Gesundheit, für den Thatbestand einflußlos ist.

Eine „gemeine" Gefahr (§ 52 N. 7) ist wesentlich eine „öffentliche" (§ 110 N. 5). Daraus ergiebt sich für die Gemeingefahr in dem oben gedachten e. S., daß durch dieselbe Menschenleben bzw. Eigenthum in einer individuell nicht bestimmten und begrenzten Zahl gefährdet sein muß; sie muß sein „eine Gefahr von unbestimmter Richtung u. Tragweite" (Merkel S. 352); Gemeingefahr ist sonach nicht vorhanden, wenn blos einzelne bestimmte

Personen oder Sachen — selbst in der Mehrzahl — gefährdet sind; das Wesen der gem. Gefahr besteht demgemäß darin, daß der Thäter die Ausdehnung der Gefährdung nicht in seiner Gewalt hat, sie bei ihrem Ursprunge nicht ermessen kann, wenn auch der Natur der Sache nach jeder noch so allgemeinen Gefahr eine örtliche Grenze anhaften muß. So die GM., insbs.: **RG.** III 23. Dez. 81 E. **5** 309, I 29. Sept. 83, IV 13. Okt. 85, R. **5** 577, **7** 577, Dresden 29. Jan. 75 St. **6** 39. Kann hiernach auch positiv nicht die Gefährdung einer unbestimmten Vielheit gefordert werden (vgl. jedoch das cit. Dresden „mindestens die Gefährdung Vieler o. Mehrerer"), so ist doch umgekehrt der Standpunkt entschieden falsch, daß Gemeingefahr zwar eine Gefahr bedeute, welcher jeder beliebige Dritte (bzw. jede beliebige Sache) ausgesetzt sein könne, daß dagegen schon die Gefahr ausreiche, die auch nur für einen Anderen herbeigeführt werde; so zunächst Meves StRZ. **13** 377, 549 N. 1 u. GS. **26** 188, ferner namentl. Siebenhaar ZfStRW. **4** 276 sowie Rotering G. **31** 272, der deshalb auch, ebenso wie Hälschner **2** 603, eine für Mehrere nicht gleichzeitig, sondern successiv eintretende Gefahr für genügend erachtet (vgl. darüber Schaper HH. **3** 863). Für diese Auffassung ist augenscheinlich die bereits hervorgehobene Verwandtschaft mit dem Begriffe der „Oeffentlichkeit" bestimmend gewesen, allein zu Unrecht; es wird verkannt, daß es hier nur um ein „Gefährdungsdelikt" sich handelt, während in den Fällen, wo die „Oeffentlichkeit" ein Thatbestandsmoment bildet, „Verletzungsdelikte" in Frage stehen; demnach genügt bei diesen, wenn thatsächlich nur Eine Person in der in Betracht kommenden Richtung verletzt wurde, während die Gefährdung auch bei ihnen stets Mehrere betrifft.

Findet die „Herbeiführung einer Ueberschwemmung" durch Vergrößerung einer bereits vorhandenen, mit Gemeingefahr verbundenen Ueberschwemmung statt (N. 3_2), so muß behufs Erfüllung des in Rede stehenden Thatbestandsmerkmales auch eine Ausdehnung der schon bestehenden gem. Gefahr bewirkt worden sein; Stuttgart 10/16. Sept. 74 St. **4** 199.

5) Von der vorsätzlichen Herbeiführung einer Ueberschwemmung handeln insbs. die §§ 312, 313. Streitig ist, ob „vorsätzlich" auch auf die vorhergehenden Worte „mit gem. Gefahr für Menschenleben bzw. für das Eigenthum" sich beziehe. Die Stellung, die dem Worte „vorsätzlich" gegeben, ist zweifellos eine außergewöhnliche, wie ein Blick auf die Redaktionsmethode ergiebt, welche in anderen, vorsätzliche Delikte betreffenden §§. des StGB. befolgt ist. Daß aber der Gesetzgeber dem „vorsätzlich" jene Stellung absichtlich eingeräumt hat, ergiebt wohl zweifellos der von der fahrl. Herbeiführung einer Ueberschwemmung handelnde § 314, wo die Worte „durch Fahrlässigkeit" die gewöhnliche Stellung einnehmen; der Gesetzgeber hat es hier bei dieser belassen, weil der Thatbestand des fahrl. Deliktes einer verschiedenartigen Auffassung nicht fähig ist, während er in den §§ 312, 313 eben durch die Stellung des „vorsätzlich" positiv zum Ausdruck gebracht hat, daß die Herbeiführung einer gem. Gefahr und insbs. einer solchen „für Menschenleben" bzw. „für das Eigenthum" auf dem Vorsatze des Thäters nicht zu beruhen braucht. So: Rubo N. 4, Rüd.-St. N. 6, v. Buri GS. **29** Beilageh. S. 220. AM. v. Liszt S. 515. Das Resultat ist insofern unbefriedigend, als die hiernach nur zum Theil vorsätzl. Hdlgen aus § 312 bzw. § 313 mit überaus hohen Strafen bedroht sind; doch ist zu beachten, daß derjenige, welcher vorsätzlich eine Ueberschwemmung in dem oben N. 2 erläuterten S. herbeiführt, wohl stets mit dem Bewußtsein handeln wird, daß „mit einiger Wahrscheinlichkeit gem. Gefahr bevorstehend" sei; doch kann man dieses Bewußtsein nicht mit v. Buri Kausalität S. 61 als Thatbestandsmoment erfordern. Ueberwiegend wird angenommen, daß der Thäter nicht blos eine Ueberschwemmung, sondern wenigstens eventuell auch die Gemeingefahr gewollt haben müsse; so: Binding Normen **2** 580 f., Geyer **2** 115, Hälschner **2** 638, H. Meyer S. 913, v. Kirchmann N. 1, v. Schwarze N. 3, Wanjeck GS. **31** 32, auch: Blum N. 2, F. Meyer N. 2, Oppenh. N. 2 u. Abschn. 27 N. 2; denn indem diese das „Bewußtsein der Gemeingefahr" mit dem Bemerken für hinreichend erachten, daß die „Absicht" darauf nicht gerichtet zu sein brauche, so erklären sie sachlich hinsichtlich der Gemeingefahr den dolus eventualis für genügend (vgl. Binding aO. N. 849); wenn Binding seine Ansicht damit begründet, daß „völlig ungefährliche Ueberschwemmungen zu untersagen" der Gesetzgeber gar keinen Anlaß habe, daß folglich die Gemeingefährlichkeit zweifellos als Deliktsmerkmal betrachtet werden müsse, so würde doch

diese theoretische Erwägung, selbst wenn sie bei dem Wesen der „Ueberschwemmung" (s. o. sowie N. 2) berechtigt sein sollte, dennoch gegenüber dem klar ausgesprochenen gesetzgeberischen Willen nicht durchgreifend sein können (vgl. hiermit Binding's eigene Auffassung aO. S. 582 btr. des § 313). Uebrigens differiren Binding und Wanjeck unter sich noch darin, ob den beiden Verbr. aus § 312 und § 313 gemeinsam das Verbot der „Ueberschwemmung mit gem. Gefahr für Rechtsgüter" zu Grunde liege (so ersterer) oder ob zwei Verbote, das der lebensgefährlichen und das der eigenthumsgefährdenden Ueberschwemmung anzunehmen seien (so letzterer).

Zu § 312. N. 6—10.

6) Die mit gem. Gefahr „für Menschenleben" verbundene vorsätzliche Herbeiführung einer Ueberschwemmung ist entweder eine einfache oder eine qualifizirte.

Wegen des i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 straferhöh. Umst. „wenn durch die Ueberschwemmung der Tod eines Menschen verursacht worden ist" vgl. die auch hier zutreffende Bemerkung der N. 1_1 zum § 178. Wenn Schaper HH. 3 891 N. 5 u. Blum N. 4 hier einen „unmittelbaren" Kausalzusammenhang des Todes mit der Ueberschwemmung, v. Schwarze N. 1 sogar „denselben unmittelbaren Kausalnexus wie im § 307[1]" verlangen, so tragen sie das Erforderniß des „unmittelbaren" Kausalzusammenhanges willkürlich in das Gesetz hinein, das hier so gut wie in allen übrigen Fällen, wo die „Verursachung des Todes eines Menschen" den straferhöh. Umst. eines vorsätzlichen Deliktes bildet (vgl. Th. I Abschn. 4 N. 3_2), mit jedem Kausalzusammenhange sich genügen läßt, abgesehen von dem Falle des § 307[1], in welchem ausdrücklich ein bestimmter Kausalzusammenhang gefordert wird.

7) Ein nach § 43 strafb. Versuch ist nicht nur beim einfachen, sondern auch beim qualifizirten Verbr. denkbar, weil durch eine herbeigeführte Ueberschwemmung immerhin der Tod eines einzelnen Menschen verursacht sein kann, ohne daß die Ueberschwemmung mit gem. Gefahr für Menschenleben verbunden war (§ 43 N. 5_2); v. Liszt S. 516.

8) Mit den vorsätzlichen Tödtungsdelikten aus den §§ 211 ff. tritt das Verbr. aus § 312 in Idealkonk. (§ 73), falls der Thäter den Tod von Menschen in bestimmter oder unbestimmter Zahl (vgl. § 211 N. 3_2) durch die Ueberschwemmung beabsichtigte; Hälschner 2 640, Siebenhaar ZfStRW. 4 289. Dagegen nimmt Binding, Normen 2 581, wegen des Verhältnisses „von Verletzung und Gefährdung" (vgl. § 73 N. 13bα) an, daß nur das Verbr. des Mordes vorliege, wenn nach Absicht des Thäters eine unbestimmte Anzahl von Menschen in den Fluten ertrinken sollte, während Konkurrenz von Mord und Ueberschwemmung dann eintrete, wenn Einer den Tod finden und eine unbestimmte Anzahl von Anderen nur gefährdet werden sollte; allein die Ueberschwemmung erfordert einen Gefährdungsvorsatz nicht (s. o. N. 5; aM. Hälschner aO., der trotzdem zum selben Resultat gelangt) und kann deshalb unbeschränkt Idealkonk. stattfinden. AM. v. Buri Kausalität S. 62 u. GS. 29 Beilageh. S. 221, durch § 312 habe, abgesehen von dem höher zu bestrafenden Morde, auch die vorsätzliche Tödtung mit getroffen werden sollen.

Wegen des Verhältnisses zum § 313 vgl. das. N. 4b, zum § 321 das. N. 11d.

9) Die Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus (§ 14) und zwar wahlweise zeitiges von 10—15 J. o. lebenslängliches; ausnahmsweise ist nach EG. § 4 (das. N. 3, 4) Todesstr. (§ 13 N. 1) zu verhängen. Als Nebenstr. kann erkannt werden: a. nach § 32 VdbEN.; b. nach § 325 ZulvPolAuff.

Der Versuch (N. 7) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 2 bzw. 4), 45 zu bestrafen; vgl. § 44 N. 4.

10) Die Strafverfolgnng verjährt nach § 67_1 beim einfachen sowie beim versuchten qualif. Verbr. in funfzehn, beim vollendeten qualif. Verbr. in zwanzig Jahren (§ 67 N. 2c). Wegen des Beginnes der Verjährung des qualif. Verbr. vgl. § 67 N. 9.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73[2-7], 136[1].

§. 313.

Wer mit gemeiner Gefahr für das Eigenthum vorsätzlich eine Ueberschwemmung herbeiführt, wird mit Zuchthaus bestraft.

Ist jedoch die Absicht des Thäters nur auf Schutz seines Eigenthums gerichtet gewesen, so ist auf Gefängniß nicht unter Einem Jahre zu erkennen.

PrStGB. §§ 291, 292. Entw. I §§ 292, 293, II § 310. Aktenst. Nr. 92.

1) Bei der vorsätzlichen Herbeiführung einer Ueberschwemmung (vgl. § 312 N. 1—3, 5) mit gem. Gefahr „für das Eigenthum" wird die Eigenschaft der Gefahr als eine „gemeine" nicht durch die Größe und den Werth der bedachten Eigenthumsobjekte bedingt, sondern durch die Ausdehnung der Gefährdung auf verschiedene Gegenstände unbestimmt wievieler Eigenthümer (§ 312 N. 4); RG. IV 13. Okt. 85 R. 7 577; vgl. dagegen v. Liszt S. 511, nach dem Gemeingefahr für fremdes Eigenthum, unter Umgestaltung der allg. Begriffsbestimmung, Gefahr für einen nicht individuell bestimmten und begrenzten Kreis von Sachen bedeuten soll, wenn dieselben auch Einem Eigenthümer gehören.

2) Nach Absatz 2 bildet die bei der — ein Vergehen darstellenden (vgl. § 1 N. 7b; so H. Meyer S. 44; aM. v. Liszt S. 125, 516 N. 5) — Handlung „nur auf Schutz seines Eigenthums gerichtet gewesene Absicht des Thäters", d. h. also der von ihm verfolgte Endzweck, einen strafvermindernden Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 266, 295, während Strafausschließung wegen Nothstandes nach Maßgabe der Fassung des § 54 (vgl. übrigens das. N. 10_1) nicht vorliegt. Die Strafe wird hier nicht „nach den persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen" des Thäters vermindert, so daß § 50 (das. N. 5b) keine Anwendung findet; aM. H. Meyer S. 913 N. 54. Dagegen nimmt Binding 1 221 analogische Ausdehnung des Strafmilderungsgrundes auf den Anstifter, „vielleicht auch auf den Gehülfen" an (vgl. § 310 N. 6).

3) Ein nach § 43 strafb. Versuch des Verbr. ist denkbar, der Versuch des Verg. dagegen nicht für strafbar erklärt.

4a) Bezüglich des Verhältnisses zur vorsätzlichen Sachbeschädgg. (§§ 303 ff.) gilt das über das Verhältniß des § 312 zu den vorsätzlichen Tödtungsdelikten Bemerkte (das. N. 8) entsprechend. So Hälschner 2 640. AM. nicht nur v. Buri Kausalität S. 62 u. GS. 29 Beilageh. S. 221 (§ 313 umfasse auch die vorsätzliche Beschädigung von Eigenthum), sondern auch Binding 1 369, weil die Ueberschwemmung so regelmäßig mit Sachbeschädggen aller Art verbunden sei, daß der Gesetzgeber dieses begleitende Moment in der Ueberschwemmungsstr. mit berücksichtigen müsse (vgl. auch Normen 2 582); ebenso H. Meyer S. 914.

b) Was das Verhältniß zum § 312 anbetrifft, so können beide Arten der vorsätzlichen Herbeiführung einer Ueberschwemmung mit einander in Idealkonk. treten, wenn die einheitliche Hdlg. sowohl den im § 312 als auch den im § 313 vorgesehenen Erfolg herbeiführt (vgl. § 73 N. 21a); aM.: Binding Normen 2 580, Hälschner 2 639, H. Meyer S. 914 N. 57, nach welchen lediglich die schwere Qualifikation aus § 312 Platz greift, während v. Buri Kausalität S. 62 u. GS. 29 Beilageh. S. 219, 221 sowie Wanjeck GS. 31 34 annehmen, daß mit einer Gefahr für Menschenleben stets auch eine solche für Eigenthum verbunden, daß folglich § 313 im § 312 mit enthalten sei.

5) Die Hauptstrafe des vollendeten Verbrechens (Abs. 1) ist Zuchthaus von 1—15 J. (§ 14_2); als Nebenstr. kann erkannt werden: a. nach § 32 VbdER.; b. nach § 325 ZulvPolAuff.

Der Versuch (N. 3) wird nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 bestraft.

Die Strafe des Vergehens (Abs. 2) ist Gefängniß von 1—5 J. (§ 16).

6) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 beim Verbr. in funfzehn, nach § 67_2 beim Verg. in fünf Jahren.

Zuständig ist: für das Verbrechen (Abs. 1) SchwG.; GVG. §§ 80, 73^{2-7}, 136^1;
für das Verg. (Abs. 2) Strafk.; GVG. §§ 73^1, 27.

§. 314.

Wer eine Ueberschwemmung mit gemeiner Gefahr für Leben oder Eigenthum durch Fahrlässigkeit herbeiführt, wird mit Gefängniß bis zu Einem Jahre

und, wenn durch die Ueberschwemmung der Tod eines Menschen verursacht worden ist, mit Gefängniß von Einem Monat bis zu drei Jahren bestraft.

PrStGB. § 293. Entw. I § 294, II § 311.

1) Die fahrlässige Herbeiführung einer Ueberschwemmung mit gem. Gefahr (vgl. § 312 N. 1—4) „für Leben (d. h. nach § 312 „Menschenleben") oder Eigenthum" — nicht „für Leben und Eigenthum" (so jedoch v. Prittwitz G. 30 168), obschon selbstverständlich die Strafbestimmung auch auf den Fall sich bezieht, daß Leben und Eigenthum gefährdet werden (Hälschner 2 641), — ist entweder eine einfache oder eine qualifizirte. Wegen letzterer vgl. § 309 N. 6.

Die Fahrlässigkeit (§ 59 N. 17) wird übrigens durch eine Stauberechtigung des Thäters nicht beseitigt, da die allg. u. öffentl. Rechtspflicht, keine gemeingefährl. Ueberschwemmungen herbeizuführen, von dem zufälligen Umfange der einer Privatperson zustehenden Stauberechtigung unabhängig ist; so: RG. II 8. Juli 81 R. 3 471 (btr. PrALR.), III 23. Dez. 81 E. 5 309 (btr. HannovProvinzialr.), Geyer 2 115, auch H. Meyer S. 913, dieser freilich mit Einschränkungen.

2) Die Strafe ist Gefängniß (§ 16) und zwar des einf. Verg. von 1 T.—1 J., des qualif. von 1 Mt.—3 J.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67₂ in fünf Jahren; wegen des Beginnes der Verjährung des qualif. Verg. vgl. § 67 N. 9.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 315.

Wer vorsätzlich Eisenbahnanlagen, Beförderungsmittel oder sonstiges Zubehör derselben dergestalt beschädigt, oder auf der Fahrbahn durch falsche Zeichen oder Signale oder auf andere Weise solche Hindernisse bereitet, daß dadurch der Transport in Gefahr gesetzt wird, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft.

Ist durch die Handlung eine schwere Körperverletzung verursacht worden, so tritt Zuchthausstrafe nicht unter fünf Jahren und, wenn der Tod eines Menschen verursacht worden ist, Zuchthausstrafe nicht unter zehn Jahren oder lebenslängliche Zuchthausstrafe ein.

PrStGB. § 294. Entw. I § 295, II § 312. Aktenst. Nr. 92.
Vgl. §§ 319, 325 sowie EG. § 4.

Zu §§ 315—320. N. 1.

1) Die §§ 315—320 behandeln Delikte gegen Eisenbahnen und Telegraphenanlagen, also gegen hervorragende Verkehrseinrichtungen. Im speziellen betreffen die §§ 315, 316 Gefährdungen von Eisenbahntransporten, die §§ 317, 318 Verhinderungen u. Gefährdungen des Betriebes zu öffentlichen Zwecken dienender Telegraphenanlagen bzw. der denselben gleichgestellten Rohrpostanlagen (§ 318a₁), während § 319 für alle diese Fälle die Zul. einer eigenthümlichen Nebenstrafe ausspricht und § 320 deren faktische Durchführung durch Strafbestimmungen zu sichern sucht.

Zu §§ 315, 316. N. 2—8.

2) Die Delikte gegen Eisenbahnen sind (abgesehen von den straferhöh. Umst.) bloße Gefährdungs-, keine Verletzungsdelikte; denn nicht wird ein „nachtheiliger Erfolg" oder das „Entstehen eines Schadens" erfordert (Berlin OAG. 27. Sept. 71, OTr. 1. Okt. 74, St. 1 104, 4 200), sondern nur ein „Ingefahrsetzen", d. h. also ein „Gefährden".

Im speziellen betrifft § 315 die vorsätzliche, § 316₁ die fahrlässige Gefährdung „des Transportes auf einer Eisenbahn", während § 316₂ die „durch Vernachlässigung obliegender Dienstpflichten verursachte Gefährdung eines Transportes" zum Gegenstande hat, ohne das subjektive Schuldmoment zu betonen.

3) „Eisenbahn" (vgl. auch §§ 90 [2], 243 [4], 305) bezeichnet im weitesten S. begrifflich jede zum Transport von Gütern und Menschen bestimmte Anlage, bei welcher die Transportmittel auf festen — die Bahn genau vorzeichnenden — Schienen sich bewegen; so RG. II 19. Mai, I 17. Sept. 85, E. 12 205, 371, die jedoch „metallene" bzw. „eiserne" Schienen verlangen, ebenso Hälschner 2 641, während mit H. Meyer S. 914 u. Rubo N. 4 das Material an sich für gleichgültig zu erachten ist. Nicht fallen somit unter den Begriff der „Eisenbahn" die sog. Drahtseilbahnen; Hälschner, H. Meyer aO.

Im Weiteren ist negativ anzunehmen, daß unter Eisenbahnen i. S. der §§ 315 f. Pferdebahnen nicht zu verstehen seien. Zunächst ist zu beachten, daß der gem. Sprachgebrauch, dem das StGB. grundsätzlich sich anschließt (Rubo S. 152), mit dem Worte „Eisenbahn" einen engeren Begriff verbindet, der die Pferdebahnen nicht mit umfaßt; dem hat auch — abgesehen von dem civilrechtl. HaftpflichtG. v. 7. Juni 1871 — die Gesetzgebung des DR. und der Bundesstaaten in ihrer Ausdrucksweise sich angeschlossen (vgl. die nähere Nachweisung bei RG. II 19. Mai 85 E. 12 205). Allerdings kann das nicht entscheidend sein, weil einerseits der Sprachgebrauch schwankt, indem namentl. die Pferdebahngesellschaften häufiger die Namen „Pferde-Eisenbahn" tragen (vgl. z. B. „Große Berliner Pferde-Eisenbahn"), andererseits der Zweck und Sinn der Gesetzesvorschrift die weitere Bedeutung bedingen oder zulassen kann, wie im § 243 [4] (N. 37c). Für die §§ 315 f. rechtfertigt sich aber die Annahme, daß dieselben Pferdebahnen nicht mit begreifen wollen, auch durch die Entstehungsgeschichte, indem die ältere PrGesetzgebung und die darauf beruhenden §§ 294, 295 des PrStGB., die Quellen jener Bestimmungen des RStGB., von Eisenbahnen zweifellos lediglich i. S. von „Lokomotiveisenbahnen" sprechen; in Ermangelung jedes aus den Materialien sich ergebenden Anhalts für eine gegentheilige Auffassung hat die Annahme Platz zu greifen, daß den fr. Strafbestimmungen keine wesentlich weitere Tragweite gegeben werden sollte, als sie in der Pr. und der damit übereinstimmenden Gesetzgebung anderer Bundesstaaten gehabt hat, um so mehr als zur Zeit des Erlasses des RStGB. Pferdebahnen schon, wenn auch erst geringe (vgl. Hilse, Haftpflicht der Straßenbahnen — Berlin 1888 — S. 17 N. 8), Verbreitung gefunden hatten, folglich dringende Veranlassung vorgelegen hätte, ev. der Absicht, auch die Pferdebahnen unter den Schutz der §§ 315 f. zu stellen, unzweideutig Ausdruck zu geben. Dazu kommt, daß die Höhe der Strafsanktionen des § 315 nur durch die großen Gefahren sich erklärt, denen namentl. der Betrieb auf den Lokomotiveisenbahnen ihrer eigenthümlichen Natur und ihrer intensiven und extensiven Entwickelung nach — nicht aber derjenige auf Pferdebahnen — ausgesetzt ist; endlich würde auch die Anwendung der Vorschriften der §§ 319, 320 auf Hdlgen, die gegen andere Bahnen als Lokomotiveisenbahnen sich richten, zu Konsequenzen führen, die vom Gesetzgeber nimmermehr beabsichtigt sein können und vermieden werden, sobald man annimmt, daß auch bei der Redaktion der §§ 315 f. der gem. Sprachgebrauch maßgebend gewesen sei. So: RG. II 19. Mai 85 E. 12 205, Berlin Pl. 2. Okt. 75 O. 16 625, Dresden 20. Apr. 74 St. 5 164, Berner S. 625, Hälschner 2 642, v. Liszt S. 517, H. Meyer S. 914, Rubo N. 4, Rüd.-St. N. 1, Hilse aO. S. 176 u. Schutzbedürfniß der Pferdebahnen — Berlin 1890 — S. 157 N. 8. AM.: Dochow HRl. „Gemeingef. V.", Oppenh. N. 2, Puchelt N. 2, v. Schwarze N. 3, Meves GS. 26 192, ferner Schaper HH. 3 895 N. 1, sofern „eine selbständige Fahrbahn vorliege, während die Einlegung von Schienen in Straßen und Chausseen nicht genüge", endlich v. Kirchmann N. 1, „nur wenn die Transporte einer Pferdebahn im Großenbetrieben würden, nicht eine blos dem Personentransport in kleineren und einzelnen Wagen dienende Pferdebahn".

Positiv sind sonach unter Eisenbahnen die Lokomotiveisenbahnen zu verstehen, bei denen die Dampfkraft das bewegende Element ist. Ein Grund, die Straßeneisenbahnen mit solchem Betriebe auszuschließen, liegt nicht vor; vielmehr weist, wenn auch solche zur Zeit der Emanation des RStGB. noch nicht bekannt waren, dennoch die Beibehaltung des Wortes „Eisenbahn" ohne jeden Zusatz auf die Tendenz hin, darunter jede Eisenbahn in dem bisher damit verbundenen S. einer Lokomotivbahn zu begreifen; RG. I 3. Juli, 1. Dez. 84, E. 11 33, R. 6 771, Geyer 2 115. Weiterhin aber fragt sich, ob der Begriff der „Eisenbahnen" i. S. der §§ 315 f. auf die gedachten Lokomotiveisenbahnen zu

beschränken sei. Diese Frage ist zu verneinen; unmöglich konnte der Gesetzgeber der Entwickelung der Technik sich verschließen; seine Strafbestimmungen mußten vielmehr durchweg Eisenbahnen berücksichtigen, deren Betrieb mittels elementarer Naturkräfte, nicht mittels lebender Wesen, erfolgt; gerade die Entfesselung von Naturkräften ist ein für die Aufnahme der btr. Strafbestimmung in den Abschn. 27 (vgl. §§ 306 N. 1, 312 N. 1) maßgebender Gesichtspunkt gewesen; dieser trifft aber nicht blos zu bei den Eisenbahnen, die mittels Dampfkraft betrieben werden, sondern namentl. auch bei den elektrischen Eisenbahnen; so: RG. I 17. Sept. 85 E. 12 371, Berner S. 625, Hälschner 2 642, v. Liszt S. 516, 446, H. Meyer S. 914, Oppenh. N. 2, Rubo N. 4. Für den Begriff der Eisenbahn in diesem S. ist es gleichgültig, ob die treibende Maschine ein besonderes Gefährt bildet (bzw. gar, wie namentl. beim elektrischen Betriebe, feststeht; Hälschner aO.) oder einen Theil des die Personen o. Sachen aufnehmenden Wagens, ob die für den gewöhnlichen Verkehr bestimmte Straße zur Schienenlage benutzt ist, wie die Art des Betriebes geregelt ist sowie ob und welche Sicherheitsmaßregeln getroffen sind; RG. II 9. Dez. 87 E. 16 431 (es sei auch gleichgültig, ob das BahnpolizeiRegl. v. 30. Nov. 1885 Anwendung finde, das selbst im § 74 die Eisenbahnen untergeordneterer Bedeutung von seiner Anwendbarkeit ausnehme; vgl. übrigens jetzt die BetriebsO. f. d. Haupteisenbahnen und die BahnO. f. d. Nebeneisenbahnen D's, beide v. 5. Juli 1892).

4) Der Schutz der §§ 315 f. erstreckt sich auf jede Eisenbahn in dem N. 3 erläuterten S., sobald dieselbe zum Zwecke des Transports in Benutzung genommen ist; wie insbs. der Gegensatz zu den §§ 317, 318 klar stellt, ist es gleichgültig, ob die Eisenbahn zu öffentlichen Zwecken dient oder nur zu Privatzwecken, wie namentl. in großen Fabriketablissements und in Bergwerken. So: RG. II 4. Dez. 83, IV 2. März 86, E. 9 233, 13 380, Geyer 2 115, Hälschner 2 643, v. Liszt S. 516, H. Meyer S. 915, Rubo N. 4. AM. Berlin OAG. 14. Juni 73 St. 3 36 sowie die überwiegende Ansicht; freilich erachten Dresden 22. Nov. 75, 6. Apr. 77, St. 6 375, 7 355, Oppenh. N. 3, Rüd.-St. N. 1 und v. Schwarze N. 3 es nicht für nothwendig, daß die zu öffentl. Zwecken erbaute Eisenbahn bereits dem öffentl. Verkehr übergeben sei, während andererseits Berlin 23. März 77 St. 7 186 zwar an dieser Voraussetzung festhält, dagegen es für gleichgültig erachtet, ob der btr. Theil der Eisenbahn (die speziellen Schienenstränge) dem öffentl. Verkehr oder besonderen Betriebszwecken diene. Vgl. übrigens u. N. 8_4.

5) Während §§ 315, 316_1 von „dem Transport auf einer Eisenbahn" sprechen, wird im § 316_2 der Gefährdung „eines Transports" gedacht. An sich wird durch den Gebrauch des bestimmten und des unbestimmten Artikels etwas Verschiedenes bezeichnet und erscheint auf den ersten Blick die Annahme gerechtfertigt, daß die §§ 315, 316_1 den Transport im allgemeinen, § 316_2 aber einen bestimmten Transport im Auge habe. Dennoch ist aber dafür zu halten, daß im Falle des § 316_2 nur eine inkorrekte Fassung vorliege, daß aber ein sachlicher Unterschied durch dieselbe gegenüber den §§ 315, 316_1 nicht habe zum Ausdruck gebracht werden sollen. Schon die §§ 294, 295 des PrStGB. zeigten, in Anlehnung einerseits an die §§ 1, 4, andererseits an § 5 des PrG. v. 30. Nov. 1840, den gleichen Unterschied in der Fassung, ohne daß die Materialien (vgl. Goltd. Mat. 2 655) irgend etwas dafür ergeben, daß dadurch auch ein sachlicher Unterschied habe angedeutet werden sollen; ebensowenig scheint in der PrPraxis (vgl. Oppenh. PrStGB. §§ 294 N. 2, 3, 295 N. 1) ein derartiger Unterschied für vorliegend erachtet worden sein. Besonders spricht aber gegen einen solchen die im übrigen konforme Fassung der §§ 296, 298 des PrStGB., die, ihrerseits an die §§ 1, 3, 4 des PrG. v. 15. Juni 1849 sich anlehnend, nicht zwischen „der Benutzung der Telegraphenanstalt" und „einer Benutzung" unterscheiden, sondern durchweg, namentl. auch im Abs. 2 des § 298 den bestimmten Artikel gebrauchen. In den §§ 315, 316 des RStGB., welche den §§ 294, 295 des PrStGB. im wesentlichen nachgebildet sind, ist die Inkorrektheit der letzteren in dem hervorgehobenen Punkte, wie bei dem Schweigen der Motive angenommen werden muß, lediglich unbewußt reproduzirt, ohne daß der Abweichung der Ausdrucksweise im § 316_2 eine materielle Bedeutung beiwohnt. So: RG. I 30. Okt. 84 E. 11 205, Oppenh. N. 7. AM. Rüd.-St. N. 2.

Ist hiernach nicht anzunehmen, daß mit dem Gebrauch des „ein" im § 316_2 etwas von

den §§ 315, 316, Abweichendes habe zum Ausdruck gebracht werden sollen, so muß mit Rücksicht auf den vorwiegenden Gebrauch der Wendung „der Transport" — bzw. den durchgängigen Gebrauch des bestimmten Artikels in den §§ 317, 318 — diese Ausdrucksweise der Auslegung der §§ 315, 316 zu Grunde gelegt werden (s. u. N. 7).

6) Wegen „Gefährdung" vgl. § 52 N. 7. Die GM. erachtet mit Recht die bloße Möglichkeit des Eintritts eines Schadens nicht für ausreichend; so insbs.: **RG.** II 11. März 84 E. **10** 173, III 7. Feb. 84, IV 17. Feb. 85, R. **6** 98, **7** 128, Berlin 1. Okt. 74, Mannheim 23. Juni 77, St. **4** 200, 8 286. Allein meist wird, entgegen der diesseits vertretenen Ansicht, die Wahrscheinlichkeit eines solchen Eintritts erfordert; so außer den citt. Entsch. namentl. auch Siebenhaar ZfStRW. **4** 255 N. 2, 283. Es wird aber anerkannt, daß das Begriffsmerkmal der „Gefahr" und des „Ingefahrsetzens" i. S. der §§ 315 f. überwiegend thatsächlicher Natur sei, und bemerkt insbs. das cit. **RG.** 11. März 84, daß das „Gesetz nicht einen hohen oder überhaupt einen bestimmten Grad der Wahrscheinlichkeit des Schadens" verlange; ähnlich **RG.** III 25. Okt. 88 R. **10** 514. Zutreffend hebt auch das cit. Berlin den Gesichtspunkt der „begründeten Besorgniß" hervor, identifizirt denselben aber unrichtiger Weise mit der Wahrscheinlichkeit des Eintritts. Die wesentlich konkrete Beurtheilung verbietet, nach der einen oder anderen Richtung auf bloße Zufälligkeiten zu rücksichtigen; deshalb ist namentl. auch von dem nur durch Zufall möglichen, rechtzeitigen, den Schaden verhindernden Eingreifen Dritter abzusehen; so cit. Mannheim. Dagegen erkennt das cit. **RG.** 11. März 84 an, daß sich als Rechtsgrundsatz nicht aufstellen lasse, daß die größere o. mindere Wahrscheinlichkeit einer hemmenden Einwirkung (insbs. seitens anderer Beamten) für die Frage, ob ein Zug in Gefahr gesetzt sei, nothwendig unberücksichtigt bleiben müsse (z. B. bei großer räumlicher Entfernung der beiden Züge, deren Zusammenstoß möglich war).

7) Nach Maßgabe der Ausführungen in den N. 5, 6 ist „der Transport auf einer Eisenbahn in Gefahr gesetzt", wenn nach den obwaltenden konkreten Umständen begründete Besorgniß vorliegt, daß die Benutzung der Eisenbahn zu den ihr eigenthümlichen Zwecken, dem Betriebe auf der Fahrbahn als solchem, einen Schaden erleiden werde, ohne Rücksicht darauf, ob Besorgniß bezüglich bevorstehender Beschädigung eines bestimmten Transports vorliegt; so ist z. B. der Transport im allg. gefährdet, wenn auf einer im Betriebe befindlichen Eisenbahn ohne Kenntniß der Bahnverwaltung die Schienen aufgerissen werden; denn mag auch der nächste fahrplanmäßige Zug erst so spät nach der That die gestörte Strecke zu passiren haben, daß eine rechtzeitige Entdeckung der That wahrscheinlich und somit eine Gefährdung jenes Zuges ausgeschlossen ist, so ist dennoch der Betrieb als solcher gefährdet, weil dieser die unvorhergesehene Ablassung von Extrazügen ꝛc. naturgemäß mit sich bringt. So: **RG.** I 30. Okt. 84, III 23. Mai 87, R. **6** 663, **9** 334, Dresden 16. Nov. 74 St. **5** 164, Geyer 2 116, Hälschner **2** 645, v. Liszt S. 516, H. Meyer S. 915, Schaper HH. **3** 896, v. Kirchmann N. 1, Oppenh. N. 7, Rüd.-St. N. 3, v. Schwarze N. 2, Siebenhaar ZfStRW. **4** 285. AM. Meves GS. **26** 199. Aus dem Gesagten folgt, daß die Frage der Gefährdung eines Eisenbahntransportes nicht davon abhängig zu machen ist, ob der Zug im Momente des Zusammenstoßes (z. B. mit einem leichten, nur zum Theil auf den Schienen befindlichen Wagen) gefährdet war, vielmehr kommt es darauf an, ob durch die Hdlg. in irgend einem Zeitpunkte eine Gefährdung herbeigeführt war; **RG.** II 18. Mai 86 E. **14** 135 (der wirkliche Kausalitätsverlauf sei für die letztere Frage nicht entscheidend).

Uebrigens ist eine bloße Betriebshinderung, z. B. Verhinderung der fahrplanmäßigen Abfahrt eines Zuges, wenn sie auch meist mit einer Betriebsgefährdung zusammentreffen wird, nicht unbedingt mit dieser gleichbedeutend; Dresden 16. Nov. 74 St. **5** 164, Oppenh. N. 8, Rüd.-St. N. 4, Rotering G. **31** 275.

8) Der augenfälligste Beweis für die Gefährdung „des Transports auf einer Eisenbahn" in dem N. 7 erläuterten S. ist die Gefährdung eines konkreten Transports; vgl. **RG.** III 8. Feb. 92 E. **22** 313. Deshalb ist die Bestimmung dessen, was hierunter zu verstehen sei, auch für die Anwendung der §§ 315, 316 von praktischer Wichtigkeit.

Ein Eisenbahntransport besteht zunächst aus dem Transportgegenstand, d. h.

denjenigen Personen und Sachen, die transportirt wurden bzw. transportirt werden sollten, insofern sie noch bzw. bereits den einer Eisenbahn eigenthümlichen Transportmitteln anvertraut sind; ferner aus diesen — selbst wieder den Gegenstand des Transports bildenden — Transportmitteln (Waggons, Wagen, Lowren rc.), endlich aber auch ihrer eigenen materiellen Bedeutung wegen aus den Zugmitteln (Lokomotiven mit Tendern), durch welche die zu transportirenden Objekte in jenem weiteren S. befördert werden. So: RG. I 24. Feb. 81 E. 3 415, III 8. Feb. 92 (s. o.), Geyer 2 115, Hälschner 2 644, Meves GS. 26 198 f., Siebenhaar ZfStRW. 4 285. Dagegen sind sog. Draisinen (Kurbelwagen) und ähnliche bestimmungsmäßig durch Menschenkräfte fortzubewegende Transportmittel als „Eisenbahntransporte" niemals zu erachten, weil dieselben dem Eisenbahnbetriebe nach der Ausführung o. N. 3_3 eigenthümlich nicht anzusehen sind; Berner S. 626, H. Meyer S. 915 N. 69, v. Kirchmann N. 1, Puchelt N. 1, Rüb.-St. N. 3. Für die Beurtheilung, ob irgend ein Gegenstand als Transportgegenstand o. -mittel bzw. Zugmittel anzusehen sei, ist die jeweilige Beziehung entscheidend, in welcher er zu der Eisenbahn und den die Bewegung auf derselben hervorbringenden Kräften steht; RG. IV 13. Mai 87 E. 16 66 (es könnten z. B. eine Lokomotive bzw. ein Güterwagen, die unter anderen Verhältnissen Zug- bzw. Transportmittel seien, bloßer Transportgegenstand werden, so, wenn sie, obschon mit Rädern versehen, in den Zug einrangirt mitliefen; ein mit Rädern versehener „Lastenkrahn" wurde ebenso als Transportgegenstand angesehen). Ein Transport- o. Zugmittel insbs. wird deshalb zum Eisenbahntransport, wenn es zur maßgebenden Zeit in einer dem Zwecke u. Wesen des Eisenbahnbetriebes entsprechenden Weise sich in Verwendung findet, deshalb auch eine den Rangirdienst verrichtende Lokomotive; so cit. RG. III 8. Feb. 92; aM. v. Kirchmann N. 1, der bloße Rangirungen ausschließt.

Die Gefährdung eines Eisenbahntransports kann hiernach vorliegen, ohne daß irgend welche Personen gefährdet waren; Berlin OAG. 27. Sept. 71 St. 1 104, v. Schwarze N. 6. Andererseits aber folgt daraus, daß Personen integrirende Elemente eines konkreten Transports sein können, daß unter Umständen die Gefährdung einer einzelnen Person, insbs. einer zum Transportpersonal gehörigen, wie z. B. eines auf dem Trittbrette stehenden Schaffners, als eine den Transport selbst gefährdende Hdlg. aufgefaßt werden kann; so: RG. III 31. Jan. 84 R. 6 74, II 18. Mai 86 E. 14 135, Oppenh. N. 9, Rubo N. 5; aM.: Blum N. 3, Puchelt N. 1, v. Schwarze N. 2, Meves aO. S. 200.

Gleichgültig ist (selbst im Sinne der Ansicht, welche eine zu öffentlichen Zwecken dienende Eisenbahn verlangt; s. o. N. 4), ob der konkrete Transport dem öffentl. Verkehr oder nur zu Bau- o. Arbeitszwecken diente; so: cit. RG. 24. Feb. 81, Dresden 22. Nov. 75, Berlin 23. März 77, St. 6 375, 7 186, Dochow HRl. „Gemeingef. V.", Meves aO. S. 199.

Aus dem, übrigens keineswegs unbedingt zutreffenden, Grunde, weil anderenfalls der Charakter einer gemeingefährl. Hdlg. ausgeschlossen sein würde, verlangt Meves aO. noch den Hinzutritt eines weiteren Momentes, nämlich das der dem Zweck u. Wesen einer Eisenbahn entsprechenden Bewegung; allein ein zeitweiliges Stillstehen schließt den Begriff des „Transports" nicht aus, wenn nur in concreto die Bestimmung der Translozirung bestehen bleibt; so außer Hälschner 2 644: RG. 31. Jan. 84 (s. o.), IV 16. Dez. 84 E. 11 328, Berlin 6. Okt. 74 O. 15 617, welche als Eisenbahntransport ansehen: einen einzelnen in der Entladung begriffenen Güterwagen, der alsbald wieder einrangirt und weiter transportirt werden sollte, bzw. mehrere beladene und zusammengekuppelte Eisenbahnwaggons, welche zum Zwecke der Einrangirung bzw. zur demnächstigen anderweiten Translozirung auf dem Nebengeleise eines Bahnhofs standen; ebenso Oppenh. N. 7a u. Rüb.-St. N. 3. Dagegen bilden Lokomotiven, Waggons rc., die, ohne die konkrete Bestimmung zur Translozirung, zur Aufbewahrung (Reserve) auf einem Nebengeleise stehen, keinen Transport. Keineswegs aber schützt das Gesetz blos den Transport in seiner Gesammtheit, sondern unter jener Voraussetzung auch einen einzelnen Theil des Transports; so allgemein RG. IV 13. Mai 87 E. 16 66, ferner I 24. Feb. 81 E. 3 415 (btr. einer von einem Lokomotivführer geleiteten Lokomotive nebst Tender, die zur alsbaldigen Uebernahme eines Zuges bestimmt war), endlich das cit. 16. Dez. 84 (btr. eines einzelnen Wagens, der erst wieder in einen Bahnzug einrangirt werden sollte).

Zu § 315. N. 9—16.

9) Im Falle des § 315 kommt als Gefährdungsmittel zunächst in Betracht: „die vorsätzliche Beschädigung von Eisenbahnanlagen oder Zubehör derselben".

a) „Eisenbahnanlagen" bezeichnet die gesammten unbeweglichen Theile einer Eisenbahn in dem im § 305 (das. N. 3f) gebrauchten S. des Worts, d. h. den Schienenweg und was zu diesem gehört; so Meves GS. **26** 194; vgl. auch Rubo N. 3, der darunter „jede mit Rücksicht auf die Beförderung durch die Eisenbahn oder im Interesse der durch die Eisenbahn Beförderten gemachte Anlage" versteht.

b) Im Gegensatze zu den „Eisenbahnanlagen", dem unbeweglichen Bauwerke, steht das „Zubehör", worunter alle diejenigen beweglichen Sachen zu verstehen sind, welche dem Zwecke des Eisenbahnbetriebes dienen; so Meves aO. Darunter fallen zunächst die im Gesetze hervorgehobenen „Beförderungsmittel", und zwar sowohl die Lokomotiven als auch die Waggons ꝛc.; Meves aO. Ferner aber die Mittel zur Beaufsichtigung und Sicherung des Betriebes; Meves aO., v. Schwarze N. 2. Zu diesen letzteren gehören namentl. auch die Eisenbahntelegraphen; der Umstand, daß diese durch die §§ 317, 318 einen besonderen Schutz genießen, steht der Anwendung des § 315, in Idealkonk. mit § 317, nicht entgegen, wenn ein Transport auf einer Eisenbahn durch vorsätzliche Beschädgg. eines Eisenbahntelegraphen gefährdet wird; so: Hälschner 2 645, Schaper HH. **3** 899, Meves aO. S. 195; aM.: v. Kirchmann N. 1, Oppenh. N. 3a.

c) Wegen „Beschädigen" vgl. § 303 N. 4 und damit übereinstimmend Meves aO. S. 197; auch Dresden 6. Apr. 77 St. **7** 355, welches, um das Fortschlagen eines vor die vordersten Räder eines Eisenbahnzuges behufs Verhütung des Fortrollens auf abschüssiger Bahn gestemmten Klotzes als „Beschädigung des Zuges" — d. h. also „der Beförderungsmittel" — zu qualifiziren, zu der bedenklichen Annahme schritt, daß der Zug „als ein Ganzes mit diesem Klotze so lange anzusehen sei, als der letztere dem angegebenen Zwecke diene" (s. übrigens N. 10_3).

10) Als Gefährdungsmittel kommt ferner in Betracht: „die vorsätzliche Bereitung von Hindernissen auf der Fahrbahn". Diese Hindernißbereitung ist möglich sowohl in direkter Weise, durch körperliche Gegenstände, welche auf der Fahrbahn selbst Aufstellung haben müssen, namentl. „durch Aufstellen, Hinlegen oder Hinwerfen von Gegenständen oder durch Verrückung von Schienen ꝛc." (so im PrStGB. § 294), als auch in indirekter Weise durch falsche Zeichen oder Signale — welche auch aus der Ferne auf die Transportführung hindernißbereitend einwirken können — indem dadurch ein Transport auf eine Bahnstrecke geführt oder auf einer solchen gehalten wird, trotzdem ihm auf derselben Hindernisse entgegen treten; so RG. I 9. Dez. 86 E. **15** 82, auch Meves GS. **16** 242, der jedoch den Ausdrücken „Zeichen" und „Signale" zu Unrecht eine technische Bedeutung dahin beilegt, daß „jene die auf optischem, diese die auf elektrischem Wege gegebenen Benachrichtigungen bezeichnen" sollen; es kommt vielmehr den „Zeichen" eine bestimmte technische Bedeutung überhaupt nicht zu, während die „SignalO. f. d. Eisenbahnen D." v. 5. Juli 1892 unterscheidet: I. S. mit elektr. Läutewerken u. Hornf., II. Handf. der Wärter u. Scheibenf., III. S. am Signalmaste, IV. Vorf., V. S. an Wasserkrahnen, VI. Weichenf., VII. S. am Zuge, VIII. S. des Zugpersonals, IX. Rangirsignale.

Wie der Ausdruck „auf der Fahrbahn" klarstellt, muß ein objektives Hinderniß bereitet sein, so daß weder die Anstellung eines unfähigen Beamten, noch die Unfähigkeit eines Bediensteten hierher gehört; Schaper HH. **3** 897 N. 2, Oppenh. N. 6, Puchelt N. 4, v. Schwarze N. 4.

Vgl. übrigens den N. 9c erwähnten praktischen Fall, in welchem ein einem Transporte von befugter Seite bereitetes Hinderniß unbefugt beseitigt wurde; es fragt sich, ob nicht hierin die „Bereitung" eines Hindernisses in dem Sinne zu finden, daß das Anhalten und Lenken des Zuges dadurch verhindert war; anderenfalls dürfte § 315, eine Lücke aufweisen, da sonst jene Hdlg. als solche unter einen der Mischthatbestände des Abs. 1 nicht fallen würde.

11) Daß die Gefährdung selbst eine vorsätzliche sein müsse, folgt weniger aus dem nicht korrekten Wortlaute (derselbe müßte richtiger lauten „Wer vorsätzlich den Transport

auf einer Eisenbahn dadurch in Gefahr setzt, daß er Eisenbahnanlagen rc. beschädigt rc."), sondern aus dem Gegensatz zum § 316; so: Hälschner 2 646, v. Liszt S. 517, Rubo N. 2; die GM., insbs. RG. III 10. Apr. 80 R. 1 565, erfordert einen Vorsatz der Gefährdung nicht, begnügt sich vielmehr mit dem Bewußtsein des Thäters, daß die Gefährdung die objektive Wirkung seiner Hdlg. sein könne; allein diese Ansicht, welche mit Recht gegen die Auffassung sich richtet, daß die Gefährdung der Zweck des Handelns gewesen sein müsse, geht im Grunde nur dahin, daß dolus eventualis ausreichend sei, enthält aber sachlich eine Abweichung von der oben vertretenen nicht (vgl. § 312 N. 5).

Zweifellos wird dagegen vom Gesetze nicht verlangt, daß der Vorsatz auf die wirkliche Verursachung eines Schadens gerichtet sei (N. 2); so, außer dem cit. RG., Mannheim 23. Juni 77 St. 8 286.

Von dem generellen Dolusmerkmal, dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit (§ 59 N. 30 f.), kann auch im Falle des § 315 nicht abgesehen werden (so auch Hälschner 2 647), obschon die Fassung nicht etwa in Anlehnung an die §§ 303 ff. dahin geht „Wer vorsätzlich und rechtswidrig" rc. (vgl. § 303 N. 7, 9); wer, um einen bestimmten Zug vor dem sicheren Verderben zu bewahren, z. B. vor dem Absturz in einen Fluß in Folge eben stattgefundenen Zusammenbruchs einer Eisenbahnbrücke, auf der Fahrbahn Hindernisse bereitet, wodurch zwar „der Transport" in dem oben N. 7 dargelegten S. in Gefahr gesetzt wird, macht dennoch wegen fehlenden Bewußtseins der Rechtswidrigkeit des Verbr. aus § 315 sich nicht schuldig; so Geyer 2 116; aM.: Oppenh. N. 5, Meves GS. 26 201; dagegen erachtet v. Liszt S. 517 u. ihm sich anschließend Rotering Fahrlässigkt. S. 45 die Hdlg. für straflos, weil die „Rechtswidrigkeit" ausgeschlossen sei, während Hälschner 2 647 N. 1 Straflosigkeit nur bei den Voraussetzungen eines Nothstandes aus § 54 annimmt, da durch das Motiv der That weder die objektive Rechtswidrigkeit, noch das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ausgeschlossen werde; weiter geht dagegen H. Meyer S. 916.

12) Wegen der im Absatz 2 hervorgehobenen straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 vgl. § 221 N. 11. Es genügt jeder ursächliche Zusammenhang (vgl. § 309 N. 6); deshalb liegt der Umstand vor, wenn der Verletzte oder Getödtete, z. B. ein Spaziergänger, zu dem gefährdeten Transporte in irgend welcher Beziehung nicht stand (Oppenh. N. 11), oder auch dann, wenn die Verletzung rc. erfolgte, weil die auf dem gefährdeten Zuge befindliche Person sich durch einen Sprung zu retten suchte, selbst wenn es ohne diesen zu einer Verletzung nicht gekommen wäre (so: Schaper HH. 3 897, Rotering Fahrlässigkt. S. 50; aM. v. Prittwitz G. 30 167).

13) Ein aus § 43 strafb. Versuch ist nicht nur bei dem einfachen, sondern auch bei den qualifizirten Verbr. denkbar, weil eine der im Abs. 2 bezeichneten Folgen durch eine Beschädigung der Eisenbahnanlagen rc. verursacht worden sein kann, ohne daß bereits eine Gefährdung des Transports eintrat (vgl. § 220 N. 5); v. Liszt S. 517.

Uebrigens liegt Vollendung und nicht blos Versuch vor, sobald die, eine Gefährdung enthaltende, Hdlg. der im Abs. 1 bezeichneten Art begangen ist, sollte auch die Beschädgg. bzw. das Hinderniß vor dem Eintreffen des nächsten Transportes wieder beseitigt sein; es folgt dies daraus, daß die Gefährdung eines bestimmten Transportes überhaupt nicht ererforderlich ist (N. 7); so die GM. Umgekehrt liegt dagegen, weil auf der Fahrbahn selbst das Hinderniß bereitet sein muß, nur Versuch vor, wenn und solange bei der Hindernißbereitung durch körperliche Gegenstände (N. 10) der das Hinderniß bereitende Gegenstand die Fahrbahn, wo er das Hinderniß bereiten konnte, noch nicht erreicht hat; RG. I 9. Dez. 86 E. 15 82.

14) Das Verbr. aus § 315 kann in Idealkonkurrenz (§ 73) treten:

a. mit dem Verg. aus § 305, sobald die Beschädgg. der Eisenbahnanlage als „gänzliche oder theilweise Zerstörung" derselben sich qualifizirt;

b. mit dem Verbr. aus § 306³; vgl. das. N. 7_2; so Puchelt N. 3;

c. mit dem Verbr. aus § 317; vgl. oben N. 9b.

15) Die Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus (§ 14) und zwar: des einfachen von 1—10 J., des leichter qualif. von 5–15 J., des schwerer qualif. wahl-

weise zeitiges von 10—15 J. o. lebenslängliches; ausnahmsweise ist nach EG. § 4 (das. N. 3, 4) Todesstr. (§ 13 N. 1) zu verhängen. Als Nebenstr. kann erkannt werden: a. nach § 32 VdbER.; b. nach § 325 ZulvPolAufs.; c. diej. des § 319.

Der Versuch (N. 13) ist nach den §§ 44 (insbs. Abs. 2 bzw. 4), 45 zu bestrafen; vgl. § 44 N. 4.

16) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67, beim einf. Verbr. in zehn, beim leichter qualif. u. beim versuchten schwerer qualif. Verbr. in funfzehn, beim vollendeten schwerer qualif. Verbr. in zwanzig Jahren (§ 67 N. 2c). Wegen des Beginnes der Verjährung der beiden qualif. Verbr. vgl. § 67 N. 9.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73[2–7], 136[1].

§. 316.

Wer fahrlässigerweise durch eine der vorbezeichneten Handlungen den Transport auf einer Eisenbahn in Gefahr setzt, wird mit Gefängniß bis zu Einem Jahre und, wenn durch die Handlung der Tod eines Menschen verursacht worden ist, mit Gefängniß von Einem Monat bis zu drei Jahren bestraft.

Gleiche Strafe trifft die zur Leitung der Eisenbahnfahrten und zur Aufsicht über die Bahn und den Beförderungsbetrieb angestellten Personen, wenn sie durch Vernachlässigung der ihnen obliegenden Pflichten einen Transport in Gefahr setzen.

PrStGB. § 295. Entw. I § 296, II § 313.
Vgl. § 319.

Zu § 316 Absatz 1. N. 1, 2.

1) Der einfache Thatbestand des Abs. 1 (vgl. im allg. § 315 N. 1—8) erfordert, daß durch eine der „vorbezeichneten Handlungen", d. h. durch eine der im § 315 (das. N. 9, 10) bezeichneten, „der Transport auf der Eisenbahn in Gefahr gesetzt werde" (§ 315 N. 7). Wenn nun auch § 315 jene „Handlungen" ausdrücklich als „vorsätzliche" charakterisirt, so werden dieselben doch im § 316 nur ihrem äußeren Thatbestande nach ins Auge gefaßt, derartig daß das Verg. des Abs. 1 vorliegt, wenn die Gefährdung selbst fahrlässig (§ 59 N. 17; vgl. auch RG. II 12. Feb. 92 E. 22 357, btr. der Nothwendigkeit der Rücksichtnahme auf die Verhältnisse des Einzelfalles in Beziehung auf die Vorhersehbarkeit des Erfolges und die Wahl der Verhütungsmittel) geschah, gleichgültig ob die gefährdende Hdlg. — die Beschädigung der Eisenbahnanlagen bzw. die Bereitung von Hindernissen — vorsätzlich oder fahrlässig vorgenommen wurde; da es unmöglich in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben kann, die praktisch wichtigsten Fälle der fahrlässigen Gefährdung (nämlich die durch eine fahrlässige Beschädgg. verursachten) straflos zu lassen, so muß man annehmen, daß der obige Gedanke nur eine nicht korrekte Fassung erhalten habe; so auch Hälschner 2 648, v. Liszt S. 517 u. Meves GS. 26 245, die Fahrlässigkeit könne bei jedem der beiden Punkte sich geltend machen, wo das Schuldmoment der durch § 315 bedrohten That seine Forderung stelle, indem sie an die Stelle der Vorsätzlichkeit der Hdlg. trete, oder indem sie für „das Fehlen des Bewußtseins" (vgl. § 315 N. 11_1) die Verantwortung übernehme.

Eine Hdlg., welche, wenn sie vorsätzlich begangen wäre, nur als ein Versuch des Verbr. aus § 315 (das. N. 13_2) sich darstellt, z. B. weil bei der Hindernißbereitung durch körperliche Gegenstände letztere nicht auf die Fahrbahn selbst gelangt sind, kann, falls ihr bloße Fahrlässigkeit zu Grunde liegt, einer Bestrafung aus § 316_1 nicht unterliegen; RG. I 9. Dez. 86 E. 15 82.

2) Der qualifizirte Thatbestand des Abs. 1 erfordert als straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295, daß „durch die Handlung der Tod eines Menschen verursacht worden ist"; vgl. deshalb §§ 309 N. 6, 315 N. 12.

Zu § 316 Absatz 2. N. 3—8.

3) Abs. 2 behandelt ein sog. delictum proprium, indem als Subjekte des Verg. nur in Betracht kommen „die zur Leitung der Eisenbahnfahrten und zur Aufsicht über die Bahn und den Beförderungsbetrieb angestellten Personen". Mit Recht nimmt die GM. an, daß dieses keineswegs „Beamte" i. S. des § 359 zu sein brauchen, schon deshalb nicht, weil § 316, auch auf Privatbahnen sich bezieht und deren „Bedienstete" nicht durchweg „mittelbare Beamte" sind.

4) Als Angestellter i. S. des Abs. 2 ist ein Jeder anzusehen, der von zuständiger Seite, wenn auch nur vorübergehend und auf Widerruf, sei es auch nicht unter eidlicher oder anderer förmlicher Verpflichtung mit der Wahrnehmung einer Funktion der oben bezeichneten Art bei einer Staats- oder Privatbahn beauftragt ist (so die GM., insbs.: **RG.** II 5. Dez. 82 R. **4** 870, IV 29. Okt. 89 G. **37** 359, München 21. Aug. 75 BayerE. **5** 415), auch nur eine jener Funktionen wahrzunehmen. Daß das Zusammentreffen aller drei Funktionen bei einer Person nicht erforderlich ist, ergiebt sowohl der Gegensatz des Abs. 2 zum Abs. 1 als auch die Fassung des Abs. 2 selbst („die . . Personen, wenn sie . ."); **RG.** II 13. Dez. 81 E. **5** 234, IV 29. Okt. 89 (s. o.). Daß der Thäter ein „Angestellter" in diesem S. sei, muß aus der Feststellung erhellen; so genügt die Bezeichnung des Thäters als „Hülfsweichensteller" oder als „Bahnwärter" nicht; Berlin 8. März, 23. Juni 76, O. **17** 179, 458. Darüber hinaus, daß eine Behörde ꝛc. zu Anstellungen der in Frage kommenden Art im allg. und örtlich für die fragliche Stelle zuständig sei, unterliegt die Anstellung der richterlichen Prüfung nicht, namentl. nicht nach der Richtung hin, ob betreffs des Angestellten der vorgeschriebene Befähigungsnachweis erbracht ist; **RG.** II 16. Nov. 83 E. **9** 189.

a) Zu den „zur Leitung der Eisenbahnfahrten" angestellten Beamten gehören nicht blos die höheren Angestellten (Stationsbeamte, Lokomotiv-, Zugführer), sondern alle Personen, welche vermöge ihrer Anstellung darauf zu sehen und zu achten haben, daß bei einer Eisenbahnfahrt keine Gefahr erwachse, wobei unter jener auch die Bewegungen von Zugabtheilungen u. ganzen Zügen auf den Geleisen der Bahn, um jene an die zweckentsprechende Stelle hinzuleiten, zu verstehen sind; **RG.** I 23. Juni 90 E. **21** 15.

b) Zu dem Aufsichtspersonal gehören alle Personen, welche vermöge ihrer durch die Bahnverwaltung erfolgten Anstellung darauf zu sehen haben, daß beim Bahnbetriebe kein Schaden geschehe, welche also die Bahnanlage selbst und den Verkehr auf derselben zu überwachen haben, nicht etwa blos die höheren Aufsichtspersonen über das Bahn- und Betriebspersonal im Gegensatz zu diesem ihm untergeordneten Personal; **RG.** II 17. Apr. 83 R. **5** 259, IV 29. Okt. 89 (s. o.). In der Praxis sind deshalb mit Recht zum Aufsichtspersonal und zwar insbs. „über den Beförderungsbetrieb" gerechnet worden: die Bahntelegraphisten; **RG.** II 20. Dez. 81 R. **3** 816; die Wagenschieber; das cit. **RG.** 17. Apr. 83.

5) Die Handlung selbst besteht im Falle des Abs. 2 darin, daß der Thäter „durch Vernachlässigung der ihm obliegenden Pflichten" einen Transport in Gefahr setzt (§ 315 N. 7). Wesentlich ist hiernach nur ein als Pflichtvernachlässigung sich darstellendes schuldbares Verhalten des Thäters, die Gefährdung des Transportes auf einer Eisenbahn sowie der Kausalzusammenhang zwischen beiden; auf das subjektive Schuldmoment kommt es für den Kausalzusammenhang weiter nicht an und ist deshalb nicht erforderlich, daß die Gefährdung durch Fahrlässigkeit (§ 222 N. 4) verursacht worden sei; so die GM., insbs.: **RG.** I 15. Nov. 80 R. **2** 511, III 22. Feb. 83, II 16. Nov. 83, 9. Okt. 91, I 18. Mai 85, E. **8** 66, **9** 189, **22** 163, **12** 203, Berlin OTr. 3. Okt. 72, 19. Juni 73, OAG. 21. (nicht 20.) Feb. 74, St. **2** 131, **3** 75, 380, München 21. Aug. 75 BayerE. **5** 415; aM.: Mannheim 23. Juni 77 St. 8 286 (der Thatbestand sei ausgeschlossen, wenn das gesammte pflichtwidrige Verhalten des btr. Angeklagten nur unter nicht zu erwartenden, ganz außergewöhnlichen Umständen einen Schaden herbeizuführen geeignet gewesen sei), Geyer **2** 116, Hälschner **2** 648, v. Liszt S. 517. Allein der Charakter des Verg. aus Abs. 2 ist ein abnormer; vgl. Meves GS. **26** 247.

Wenn Pflichtvernachlässggen seitens mehrerer Personen begangen waren, aber

für die Gefährdung ausschließlich die Vernachlässigung einer derselben kausal war, so ist nur diese, nicht auch der andere, aus Abs. 2 verantwortlich; RG. IV 22. Sept. 85 R. 7 522.

6) Die den im Abs. 2 bezeichneten Angestellten „obliegenden Pflichten“ sind wesentlich enthalten in den verschiedenen Reglements (vgl. Sammlung von EisenbahnV. f. d. DR. Berlin 1878) und in den für den Dienst der Bahnbeamten erlassenen Instruktionen, welchen letzteren die Bedeutung eines „Gesetzes“ i. S. der StPO. § 376 übrigens nicht zukommt, da durch dieselben „Obliegenheiten nur für den engeren Kreis der Bahnbeamten und nur gegenüber der Bahnverwaltung normirt“ werden (vgl. RG. III 17. Dez. 79 E. 1 125 btr. die frühere PrProzeßgesetzgebung).

Jene Reglements und Instruktionen enthalten aber die Dienstobliegenheiten nicht ausschließlich; es giebt solche vielmehr auch außerhalb der Fälle, für welche eine besondere Dienstvorschrift nicht gegeben ist, da letztere den Anforderungen des praktischen Lebens nie genügen können; RG. IV 14. Jan. 90 E. 20 190, v. Prittwitz G. 30 166.

7) Die obliegenden Pflichten müssen vernachlässigt worden sein; das Gesetz verlangt nicht eine bestimmte Art der Vernachlässigung; sie kann deshalb ebensowohl eine fahrlässige wie auch eine vorsätzliche Nichterfüllung der Pflicht sein; so: H. Meyer S. 916, Oppenh. N. 6, v. Prittwitz G. 30 165; aM. Aldosser Unterlassungsdel. S. 131, nur fahrl. Nichterfüllung der Pflicht komme in Betracht; so früher auch Meves GS. 26 246 mit dem Bemerken, daß der Vorsatz die Nichterfüllung aus dem Gebiete der „Vernachlässigung“ in dasjenige der „Pflichtverletzung“ führen würde (ähnlich Hälschner 2 648), während er jetzt G. 36 390 eine weder unter Vorsatz, noch unter Fahrlässigkeit zu rubricirende subj. Verschuldung als erfordert ansieht.

Worin im übrigen die Pflichtvernachlässigung besteht, ist gleichgültig; sie kann durch ein Handeln oder ein Unterlassen verübt werden; so: Oppenh., Meves aO., v. Schwarze N. 4, Landsberg Kommissivdel. S. 207 ff.; aM. Aldosser aO., das Gesetz verlange ein fahrl. Unterlassen. Die Vernachlässigung braucht deshalb namentl. nicht eine Beschädgg. oder eine Hindernißbereitung der im § 315_1 gedachten Art mit sich zu führen; so die GM. Deshalb wird aus Abs. 2 auch die Anstellung unfähiger Bediensteter strafbar werden können (vgl. § 315 N. 10_2); so Puchelt N. 4. Besteht aber die vorsätzliche Vernachlässigung in einer der im § 315_1 bezeichneten Hdlgen, so findet beim Vorliegen des Gefährdungsvorsatzes (§ 315 N. 11) selbstverständlich auch § 315 Anwendung; dieses gegen die Bedenken von Meves falls man vorsätzl. Nichterfüllung mit hierher rechne (s. o. Abs. 1).

Keineswegs enthält übrigens die Nichtbeobachtung einer Dienstvorschrift unbedingt eine Pflichtvernachlässigung; es können Dienstvorschriften mit einander in Kollision treten (vgl. § 222 N. 3_2) oder auch sonst Verhältnisse vorliegen, die geradezu die Nichtanwendung einer bestimmten, an sich zutreffenden Dienstvorschrift verbieten (vgl. § 315 N. 11_3); RG. IV 14. Jan. 90 E. 20 190 (vgl. auch I 15. Nov. 80 R. 2 511), v. Prittwitz aO. S. 166. Eine Pflichtvernachlässigung ist überhaupt ausgeschlossen, wenn der Thäter, ohne daß ihm eine Verschuldung zur Last fällt, vollständig außer Stande ist, diejenige Pflicht, um welche es sich handelt, zu erkennen und zu erfüllen; RG. II 16. Nov. 83 E. 9 189.

In der Praxis wurde die Vernachlässigung einer obliegenden Pflicht bei einem Zugführer angenommen, der einen Zug ohne Zustimmung des Stationsvorstehers abgehen ließ bzw. das Abgehen nicht verhinderte; Berlin 3. Okt. 72 St. 2 131.

8) Auch der Thatbestand des Abs. 2 scheidet sich, wie derjenige des Abs. 1, in einen einfachen und qualifizirten; denn wenn den Thäter im Falle des Abs. 2 „die gleiche Strafe trifft“ (vgl. § 49a N. 21_2), so ist damit zugleich derselbe straferhöh. Umst. aufgestellt wie dort (vgl. deshalb N. 2).

Idealkonkurrenz; Strafe, Verjährung, Zuständigkeit. N. 9, 10.

9) Die einfachen Verg. können mit fahrlässiger Körperverletzung, die qualifizirten mit fahrlässiger Tödtung (vgl. § 309 N. 6_2) in Idealkonk. (§ 73) treten; RG. I 5. Jan. 82 R. 4 19, III 22. Feb. 83 E. 8 66, München 6. Sept. 75 St. 6 40. Ist die That mit Verletzung einer Berufspflicht, also namentl. von einem Eisenbahnbeamten, begangen, so hat die Bestrafung aus Abs. 2 der §§ 222 bzw. 230 zu erfolgen; so das cit. München.

10) Die Hauptstrafe ist Gefängniß (§ 16) u. zwar der einf. Verg. von 1 T.—1 J., der qualif. von 1 Mt.—3 J. Wegen einer Nebenstr. vgl. § 319.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren. Wegen des Beginnes der Verjährung bei den qualif. Verg. vgl. § 67 N. 9.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. §§ 73 [1], 27.

§. 317.

Wer vorsätzlich und rechtswidrig den Betrieb einer zu öffentlichen Zwecken dienenden Telegraphenanlage dadurch verhindert oder gefährdet, daß er Theile oder Zubehörungen derselben beschädigt oder Veränderungen daran vornimmt, wird mit Gefängniß von einem Monat bis zu drei Jahren bestraft.

PrStGB. §§ 296, 297. Entw. I §§ 297, 298, II § 314. StB. S. 742. Entw. d. ErgänzungsG. v. 13. Mai 1891 Art. II. Aktenst. 1890/91 Nr. 36, 242. StB. 1890 91 S. 1968 ff.

Vgl. §§ 318a, 319.

Zu §§ 317, 318, 318a. N. 1—5.

1) Die Delikte gegen Telegraphenanlagen (§ 315 N. 1) sind nach der Fassung, die der §. zufolge G. v. 13. Mai 1891 erhalten hat, nicht mehr, wie früher, lediglich Verletzungs-, sondern zugleich auch Gefährdungsdelikte; denn sowohl die „Verhinderung" wie die „Gefährdung" des Betriebes einer Telegraphenanlage fällt unter den Thatbestand der §§ 317, 318, deren Inhalt übrigens in analoger Weise disponirt ist, wie derjenige der §§ 315, 316; vgl. deshalb § 315 N. 2_3.

2) Das Wesen des Telegraphen besteht darin, daß er einen an einem Orte zum sinnlichen Ausdruck gebrachten Gedanken an einem anderen wahrnehmbar reproduzirt, ohne daß die Beförderung eines Gegenstandes, insbs. der fixirten Originalmittheilung, mit der Nachricht erfolgt; so im wesentlichen die GM., insbs. **RG.** II 20. Sept. 81 **E. 4** 406. Hiernach gehören einerseits Fernsprechanlagen zu den Telegraphenanlagen, während andererseits Rohrpostanlagen begrifflich nicht darunter fallen. Der Abs. 2 des durch G. v. 13. Mai 1891 eingeschalteten § 318a spricht jenes zur Vermeidung aller Zweifel ausdrücklich aus, während Abs. 1, um auch die Rohrpostanlagen ihrer Wichtigkeit wegen in gleicher Weise, wie die Telegraphenanlagen, mit strafrechtlichem Schutze gegen Beschädigungen auszustatten, die Anwendbarkeit der Vorschriften der §§ 317, 318 auf die Verhinderung o. Gefährdung des Betriebes der zu öffentl. Zwecken dienenden „Rohrpostanlagen" verordnet.

Die Anwendung der Elektrizität ist nicht das Entscheidende, weshalb auch optische Telegraphenanlagen, wie sie unter besonderen Verhältnissen noch vorkommen, an sich von dem Schutze der §§ 317, 318 nicht ausgeschlossen sind; so auch Fuld aO. S. 207.

3) Nur eine „zu öffentlichen Zwecken dienende Telegraphenanlage" kommt als Objekt der Delikte aus §§ 317, 318 in Betracht. Das Gesetz hat nicht die Ausdrucksweise des Entw. eines Bremischen StG. v. 1868 § 500 reproduzirt, welcher von zum öffentl. Gebrauch bestimmten Telegraphenanstalten spricht (vgl. Motive), auch nicht die Bezeichnung „öffentl. Telegraphenanlagen" gewählt; daraus geht hervor, daß nicht blos die der Benutzung seitens des Publikums offen stehenden Telegraphenanlagen gemeint sind (vgl. § 304 N. 2f), sondern in weiterer Ausdehnung alle diejenigen Telegraphenanlagen, welche dem Interesse der Allgemeinheit dienen, also auch diejenigen, welche zur Benutzung in öffentl. Angelegenheiten dienen, ohne dem Publikum geöffnet zu sein; so: Geyer **2** 116, Hälschner **2** 649, Meves § 319 N. 2 A. 2 u. HH. **3** 1002 (btr. § 355), H. Meyer S. 917, Oppenh. N. 2, Rubo N. 1, Rüd.-St. N. 1; aM.: Dambach GS. **23** 255 (auch btr. § 355), Schaper HH. **3** 894 N. 1, v. Schwarze N. 4. Unter jener Voraussetzung aber genießen den Schutz der §§ 317, 318 nicht nur die Staats-Eisenbahn- u. Kommunaltelegraphenanlagen, sondern auch diejenigen Privater; Berner S. 627, v. Liszt S. 518, H. Meyer S. 917, Schütze S. 520 N. 5, Puchelt N. 1. Nachdem nunmehr durch G. v. 13. Mai 1891 — in Uebereinstimmung mit dem übrigens in dieser Beziehung nicht motivirten Bundesrathsentwurfe — der früher gebrauchte Ausdruck „Telegraphenanstalten" durch „Telegraphenanlagen" ersetzt worden, sind auch

solche lediglich den inneren Dienst in öffentl. Gebäuden (z. B. Ministerien) vermittelnden Anlagen durch die Vorschriften der §§ 317f. als geschützt zu erachten.

Wg. der im Auslande befindlichen Telegraphenanlagen vgl. § 4 N. 16_2

4) Die Handlung selbst besteht in der Verhinderung oder Gefährdung des Betriebes einer Telegraphen-(Rohrpost-)anlage. Wegen der Verhinderung rc. des „Betriebes", welcher Ausdruck dem früheren „Benutzung der Anstalt" substituirt ist, vgl. die entsprechende Ausführung in N. 7 zum § 315. Während ferner früher von einer Spezialisirung der „verhindernden rc." Hdlg. abgesehen war, was zur Folge hatte, daß auch die Verhinderung der bei einer Telegraphenanlage angestellten Personen unter den Thatbestand fiel, ist jetzt im Gesetze zum Ausdruck gebracht, daß die Verhinderung rc. „dadurch" hervorgebracht sein müsse, daß „Theile o. Zubehörungen der Anlage beschädigt oder Veränderungen daran vorgenommen sind"; hiernach muß jetzt nothwendig die Anlage als solche das unmittelbare Angriffsobjekt der Hdlg. bilden.

5) Nach Maßgabe der N. 4 behandeln die §§ 317—318a die Materie der gegen Telegraphenanlagen selbst — objektiv — gerichteten Hdlgen, die meist als Sachbeschädggen sich darstellen werden; landesrechtliche Vorschriften, welche Telegraphenanlagen in derselben Richtung zu schützen suchten, sind nach EG. § 2_1 für aufgehoben zu erachten, selbst auch insoweit, als sie auf Telegraphenanlagen sich beziehen sollten, welche nicht zu öffentl. Zwecken dienen; denn der Inhalt der §§ 317, 318 zeigt, daß nach dem Willen des Gesetzgebers nur die zu öffentl. Zwecken dienenden Telegraphenanlagen einen besonderen Schutz gegen Hdlgen der oben bezeichneten Art genießen sollen, während im übrigen die allg. Vorschriften, namentl. die §§ 303—305, für ausreichend erachtet worden sind; Oppenh. N. 7, Dambach GS. **23** 262. Dagegen sind nach EG. § 2_2 in Kraft verblieben die besonderen Vorschriften des Landesstrafrechts, welche außerhalb jener Materie die Telegraphie zum Gegenstande haben; so namentl. die Vorschriften zum Schutze des Telegraphenregals sowie Vorschriften polizeilicher Natur, wie sie in den KglSächsG. v. 11. Aug. u. 21. Sept. 1877 enthalten sind; Dambach aO. S. 249, 263.

Zu § 317. N. 6, 7.

6) Aus der jetzigen Wortfassung des §. folgt ohne Weiteres, daß die unter Strafe gestellten Handlungen der „Verhinderung" und „Störung" selbst — und nicht blos die „Beschädigung" oder „Aenderung" — „vorsätzlich", wenn auch nur mit eventuellem Dolus (§ 59 N. 6), vorgenommen sein müssen, wodurch ein Zweifel gehoben ist, zu dem die frühere Fassung des Gesetzes Anlaß gab; **RG.** I 28. Jan. 92 E. **22** 393.

Die an sich überflüssige Hinzufügung des Wortes „rechtswidrig" erfolgte auf Beschluß der Kommission, in der sie als „unerläßlich, auch dem System des StGB. nicht widersprechend" bezeichnet wurde.

7) Die Hauptstrafe ist Gefängniß von 1 Mt.—3 J. (§ 16). Wegen einer Nebenstr. vgl. § 319.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren. Wegen des Beginnes der Verjährung vgl. § 67 N. 9.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 318.

Wer fahrlässigerweise durch eine der vorbezeichneten Handlungen den Betrieb einer zu öffentlichen Zwecken dienenden Telegraphenanlage verhindert oder gefährdet, wird mit Gefängniß bis zu einem Jahre oder mit Geldstrafe bis zu neunhundert Mark bestraft.

Gleiche Strafe trifft die zur Beaufsichtigung und Bedienung der Telegraphenanlagen und ihrer Zubehörungen angestellten Personen, wenn sie durch Vernachlässigung der ihnen obliegenden Pflichten den Betrieb verhindern oder gefährden.

PrStGB. § 298. Entw. I § 299, II § 315. StB. S. 742.
Entw. d. ErgänzungsG. v. 13. Mai 1891 Art. II. Aktenst. 1890/91 Nr. 36.
Vgl. §§ 318a, 319.

1) Der Thatbestand des Absatzes 1 (vgl. im allg. § 317 N. 1—5) ist demjenigen des § 317 völlig identisch, abgesehen davon, daß die die Benutzung der Telegraphenanlage verhindernden 2c. Hdlgen nicht vorsätzlich, sondern fahrlässiger Weise (§ 59 N. 17) begangen sein müssen; dem steht jedoch nicht entgegen, daß die „Handlung" als solche vorsätzlich begangen wurde, wenn nur der Erfolg derselben — die Verhinderung 2c. — außerhalb des Vorsatzes lag (vgl. einerseits § 316 N. 1, andererseits jedoch § 317 N. 6); v. Liszt S. 519. Insbs. kann der Thatbestand des Abs. 1 vorliegen bei vorsätzlichem Handeln in fahrlässiger Unkenntniß darüber, daß die Hdlg. gerade gegen eine Telegraphenanlage sich richte (§ 59$_2$); Rubo N. 2, v. Prittwitz G. **30** 165.

Mit den vorsätzl. Verg. aus §§ 303 o. 304 ist Idealkonk. (§ 73) denkbar; **RG.** III 1. Feb. 92 G. **39** 425.

2) Wegen des Thatbestandes des Absatzes 2 vgl. die auch hier entsprechende Anwendung findenden N. 3—7 zum vorbildlichen § 316$_2$.

Wegen der Dienstpflichten vgl. namentl. die TelegraphenO. f. d. DR. v. 21. Juni 1872 nebst der abändernden und ergänzenden V. v. 24. Jan. 1876.

3) Die Hauptstrafe ist wahlweise Gefängniß von 1 T.—1 J. (§ 16) o. Geldstr. von 3—900 M. (§ 27); wegen „Gleiche Strafe trifft" im Abs. 2 vgl. § 49a N. 21$_2$. Wegen einer Nebenstr. vgl. § 319.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67$_2$ in fünf Jahren. Wegen des Beginnes der Verjährung vgl. § 67 N. 9.

Zuständig ist **StrafK.**; GVG. §§ 73 [1], 27.

§. 318a.

Die Vorschriften in den §§. 317 und 318 finden gleichmäßig Anwendung auf die Verhinderung oder Gefährdung des Betriebes der zu öffentlichen Zwecken dienenden Rohrpostanlagen.

Unter Telegraphenanlagen im Sinne der §§. 317 und 318 sind Fernsprechanlagen mitbegriffen.

Entw. d. ErgänzungsG. v. 13. Mai 1891 Art. III. Aktenst. 1890/91 Nr. 36, 242.
StB. 1890/91 S. 1968 ff.

1) Wegen der Bedeutung dieser durch G. v. 13. Mai 1891 veranlaßten Einschaltung vgl. § 317 N. 2, wegen ihrer Tragweite auch die §§ 319 N. 1, 320 N. 4.

§. 319.

Wird einer der in den §§. 316 und 318 erwähnten Angestellten wegen einer der in den §§. 315 bis 318 bezeichneten Handlungen verurtheilt, so kann derselbe zugleich für unfähig zu einer Beschäftigung im Eisenbahn- oder Telegraphendienste oder in bestimmten Zweigen dieser Dienste erklärt werden.

PrStGB. § 299. Entw. I § 300, II § 316. Aktenst. Nr. 92.
Entw. d. StGN. Art. I § 319. Aktenst. 1875/76 Nr. 54.

1) Nach Beseitigung eines Redaktionsfehlers durch die StGN. spricht § 319 für alle Fälle der §§ 315—318 die Zulässigkeit einer Nebenstrafe (Th. I Abschn. 1 N. 3b, 4) eigenthümlicher Art aus; vgl. § 35 N. 1, 7. Nach Maßgabe des § 318a$_1$ kann dieselbe auch verhängt werden gegen Personen, die ausschließlich im Rohrpostdienst angestellt sind.

Ueber ihre Anwendbarkeit im Falle einer Idealkonkurrenz einer der im § 319 bezeichneten strafb. Hdlgen mit einer anderen strafb. Hdlg. vgl. § 73 N. 31.

2) Der Gesetzgeber hat es für genügend erachtet: „wenn Eisenbahnbeamte rücksichtlich des Eisenbahndienstes, Telegraphenbeamte nur rücksichtlich dieses Dienstes (bzw. nach dem

RTbeschlusse nur in bestimmten Zweigen eines dieser Dienste) für unfähig erklärt werden dürfen"; so die Motive. Die Unfähigkeit zur Beschäftigung im Eisenbahn- und Telegraphendienste darf daher nur bei Konkurrenz von Delikten gegen eine Eisenbahn und gegen eine Telegraphenanlage ausgesprochen werden; denn die Ansicht von Rubo N. 2, daß das richterliche Ermessen ein völlig freies sei, wonach konsequent wegen eines Deliktes gegen eine Telegraphenanlage auch auf Unfähigkeit im Eisenbahndienste, auf Unfähigkeit in beiden Diensten bei wiederholten Vergehen gegen Eine der fr. Anlagen würde erkannt werden können, entspricht vielleicht dem Wortlaute, keineswegs aber dem Sinne des Gesetzes. Wegen Verhängung der Nebenstrafe, die auf eine bestimmte Zeitdauer nicht beschränkt werden kann (so die GM.), im Falle konkurrirender Delikte gegen eine Eisenbahn o. gegen eine Telegraphenanlage ist deshalb lediglich § 76 N. 3_1 zu vergleichen.

3) Der Eisenbahn- rc. Dienst umfaßt alle Zweige desselben, auch soweit sie nicht im Abs. 2 des § 316 (bzw. § 318) bezeichnet sind; so: Dambach GS. 23 279, Meves N. 4, 5 u. GS. 26 149; aM. Oppenh. N. 3.

Uebrigens ist in den citirten Gesetzesstellen nicht etwa blos ein, sondern sind daselbst — abgesehen vom Rohrpostdienst (§ $318a_1$) — drei „Zweige" des Dienstes bezeichnet, so daß die Unfähigkeit wegen eines jeden einzelnen dieser Zweige ausgesprochen werden kann; Meves N. 6 u. GS. aO.

§. 320.

Die Vorsteher einer Eisenbahngesellschaft, sowie die Vorsteher einer zu öffentlichen Zwecken dienenden Telegraphenanstalt, welche nicht sofort nach Mittheilung des rechtskräftigen Erkenntnisses die Entfernung des Verurtheilten bewirken, werden mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Gefängniß bis zu drei Monaten bestraft.

Gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher für unfähig zum Eisenbahn- oder Telegraphendienste erklärt worden ist, wenn er sich nachher bei einer Eisenbahn oder Telegraphenanstalt wieder anstellen läßt, sowie diejenigen, welche ihn wieder angestellt haben, obgleich ihnen die erfolgte Unfähigkeitserklärung bekannt war.

PrStGB. § 300. Entw. I § 301, II § 317.

1) Die Strafbestimmungen des § 320 dienen der Durchführung des § 319 und zwar nach der erforderlichen doppelten Richtung, indem Abs. 1 die Entfernung des nach Maßgabe des § 319 für unfähig Erklärten zu sichern, Abs. 2 aber die Wiederanstellung eines solchen zu verhindern sucht.

2) Nach Absatz 1 kommen als Subjekte des Verg. nur in Betracht „die Vorsteher einer Eisenbahngesellschaft", nicht die einer jeden „Eisenbahnverwaltung", insbs. einer staatlichen; wenn daneben „die Vorsteher einer zu öffentlichen Zwecken dienenden Telegraphenanstalt" — hier ist der Ausdruck mit Recht beibehalten und nicht durch „Telegraphenanlage" ersetzt (vgl. § 317 N. 3) — benannt sind, also auch diejenigen einer staatlichen, so beruht die Verschiedenheit auf einem Redaktionsfehler, der dadurch hervorgerufen ist, daß in den §§ 317, 318 des RStGB. an Stelle der in den §§ 296, 298 des PrStGB. gedachten „Telegraphenanstalt des Staates oder einer Eisenbahngesellschaft" der einheitliche Begriff einer „zu öffentlichen Zwecken dienenden Telegraphenanstalt" getreten ist; während nun Abs. 1 des PrStGB. § 300 lediglich „die Vorsteher einer Eisenbahngesellschaft sowie die Vorsteher der Telegraphenanstalt einer Eisenbahngesellschaft" bedrohte, folglich bei allen Vorstehern einer derartigen Staatsanstalt als Beamten eine Disziplinarbestrafung für ausreichend erachtete, wurde im RStGB. § 320, dieser Gesichtspunkt zwar bezüglich der Vorsteher von Eisenbahnverwaltungen beibehalten, dagegen bezüglich derjenigen von Telegraphenanstalten durch Aufnahme jenes allg. Ausdrucks („eine zu öffentlichen Zwecken dienende Telegraphenanstalt") offenbar in nicht beabsichtigter Weise verwischt. Die

Konsequenz dieser Inkorrektheit ist die, daß wegen der im Abs. 1 gedachten Unterlassung die Vorsteher staatlicher Eisenbahnen blos disziplinarer, dagegen die Vorsteher staatlicher Telegraphenanstalten (desgleichen die Vorsteher unter staatlicher Verwaltung stehender Eisenbahngesellschaften) krimineller Bestrafung unterliegen; so Rubo N. 1; anders die GM., welche § 320₁ auch auf die Vorsteher einer Staatseisenbahn anwendet, während Oppenh. N. 1 umgekehrt auch die Vorsteher staatlicher Telegraphenanstalten nur disziplinarisch strafen will.

3) Das Delikt aus Abs. 1 ist ein echtes Unterlassungsdelikt (§ 1 N. 3b), indem dem auf Entfernung des Verurtheilten — wenn auch nur an einen beschränkten Kreis (vgl. §§ 322 N. 2b, 346 N. 2a, 357 N. 3c) — gerichteten Gebote entgegen gehandelt wird; so: Aldoffer Unterlassungsdel. S. 131, Seligsohn G. 28 220, Landsberg Kommissivdel. S. 312; aM. Sturm Unterlassungsdel. S. 381, 417. Es kommt deshalb (vgl. Th. I Abschn. 4 N. 4₂) für den Thatbestand nicht darauf an, ob die Entfernung vorsätzlicher oder fahrlässiger Weise nicht bewirkt wurde; Oppenh. N. 3, Bruck Fahrlässigkt. S. 50.

Die „Entfernung" ist zu bewirken, sofort nach der — nach Maßgabe der bestehenden Dienstvorschriften erfolgten, nicht privaten — „Mittheilung" des auf die Nebenstr. aus § 319 lautenden „rechtskräftigen" (§ 30 N. 2) „Erkenntnisses", d. h. Urtheils i. S. der StPO.

4) Der Absatz 2 richtet sich einmal gegen die „für unfähig zum Eisenbahn- oder Telegraphendienste" — einschließlich des „Rohrpostdienstes" (§§ 318a₁, 319 N. 1) — „Erklärten" (vgl. § 361[12]), dann „gegen diejenigen, welche wissentlich einen für unfähig Erklärten wieder angestellt haben". Die Strafandrohung trifft sonach nicht denjenigen, der nur in einem bestimmten Zweige jener Dienste für unfähig erklärt ist und trotzdem wieder in demselben Zweige sich beschäftigen läßt, noch auch denjenigen, der einen solchen trotz ihm bekannter theilweiser Unfähigkeitserklärung dennoch in dem betreffenden Zweige wieder beschäftigt. Auch hier liegt lediglich ein Redaktionsversehen zu Grunde, indem nicht beachtet wurde, daß nach RStGB. § 319, abweichend vom PrStGB. § 299, die Unfähigkeitserklärung in Folge eines RTbeschlusses sich auch nur auf bestimmte Zweige des Eisenbahn- rc. Dienstes erstrecken darf. So Rubo N. 7. AM.: Geyer 2 117, v. Liszt S. 519, H. Meyer S. 916, Oppenh. N. 4, v. Kirchmann N. 1, Rüd.-St. N. 1, Meves GS. 26 252, welche eine durch einen nachweisbaren Redaktionsfehler entstandene Lücke im Wege der Analogie ergänzen wollen.

5) Die Strafe (wegen „Gleiche Strafe trifft" im Abs. 2 vgl. § 49a N. 21₂) ist wahlweise Geldstr. von 3—300 M. (§ 27) o. Gefängniß von 1 T.—3 Mt. (§ 16); jene kann, als „an erster Stelle" angedroht, gemäß § 28₂ (das. N. 6b) für den Nichtbeitreiblichkeitsfall auch in Haft umgewandelt werden; die ev. an die Stelle tretende Gefängnißstr. darf nach § 29₂ nicht mehr als 3 Mt. betragen.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67₂ in drei Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73[1], 27[2]. Streitig ist, ob auf Grund des § 75[14] das. eine Ueberweisung an SchöffenG. stattfinden darf; die Frage ist zu verneinen, weil § 75 überhaupt von der Voraussetzung ausgeht, daß „auf eine andere oder höhere Strafe als auf die im § 27[2] bezeichnete" erkannt werden könne, was im Falle des § 320 nicht der Fall ist; wenn dieser Grund mit Rücksicht darauf angefochten wird, daß in Nr. 14 des § 75 die „im § 74 das. bezeichneten Vergehen" ausdrücklich von der Ueberweisungsfähigkeit ausgeschlossen werden, obgleich namentl. in den beiden Fällen der Nr. 4 des § 74 jene Voraussetzung auch nicht zutreffe, so dürfte hier nur eine, der Kürze halber gewählte, nicht ganz korrekte Redaktion vorliegen, welche deshalb nicht beweisend ist. So: Richter Zustdgkt. S. 41, W. Hecker Textausg., Rubo Textausg. 3. Aufl., Keller GVG. § 75 N. 14, welcher § 320 als ein nach Nr. 14 überweisungsfähiges Vergehen nicht mit aufführt; anscheinend auch v. Schwarze GVG. § 25[2] N. 5 u. Thilo GVG. § 27 N. 10, indem sie bemerken, daß das Verg. aus § 320 zur Aburtheilung durch die Schöffengerichte nicht für geeignet erachtet worden sei. AM.: Voitus Kontroversen I 102 ff., Geyer Strafprozeßr. S. 290 N. 5, Oppenh. N. 5, Löwe GVG. § 75 N. 16b, Stenglein GVG. § 75 N. 3.

§. 321.

Wer vorsätzlich Wasserleitungen, Schleusen, Wehre, Deiche, Dämme oder andere Wasserbauten, oder Brücken, Fähren, Wege oder Schutzwehre, oder dem Bergwerksbetriebe dienende Vorrichtungen zur Wasserhaltung, zur Wetterführung oder zum Ein- und Ausfahren der Arbeiter zerstört oder beschädigt, oder in schiffbaren Strömen, Flüssen oder Kanälen das Fahrwasser stört und durch eine dieser Handlungen Gefahr für das Leben oder die Gesundheit Anderer herbeiführt, wird mit Gefängniß nicht unter drei Monaten bestraft.

Ist durch eine dieser Handlungen eine schwere Körperverletzung verursacht worden, so tritt Zuchthausstrafe bis zu fünf Jahren und, wenn der Tod eines Menschen verursacht worden ist, Zuchthausstrafe nicht unter fünf Jahren ein.

PrStGB. § 301 Abs. 1, 2. Entw. I § 302 Abs. 1, 2, II § 318. Entw. d. StGN. Art. I § 321. Aktenst. 1875/76 Nr. 54.

Vgl. §§ 325, 326.

Zu §§ 321—324, 326. N. 1.

1) Den vorsätzlichen Delikten, deren Thatbestand in den §§ 321—324 aufgestellt wird, treten fahrlässige nach § 326 entsprechend zur Seite; deren Thatbestand liegt aber nicht schon vor, sobald „eine der in den §§ 321—324 bezeichneten Handlungen aus Fahrlässigkeit begangen worden“ ist, sondern es muß vielmehr noch hinzukommen, daß „durch die Handlung ein Schaden verursacht wurde“. Dieser Umstand fällt auch für die Beurtheilung des Thatbestandes der Verbrechen, namentl. hinsichtlich des Dolus, nicht unwesentlich ins Gewicht (vgl. u. N. 8 sowie § 323 N. 4).

Zu § 321. N. 2—13.

2) Der § 321 umfaßt verschiedene Mischthatbestände, die in Rücksicht auf die erforderlichen vorsätzlichen Verletzungshdlgen wesentlich nach zwei Richtungen auseinander, gehen (N. 3, 4). In allen Fällen ist gleichmäßig nothwendig, daß durch eine jener Hdlgen eine bestimmte Folge, eine Gefährdung näher bezeichneter Art, herbeigeführt sei (N. 6, 7).

3) Die erste Reihe der Mischthatbestände verlangt ein vorsätzl. „Zerstören o. Beschädigen“ (§ 303 N. 4 f.). Als Objekte dieser Hdlgen kommen jedoch nur in Betracht:

a) „Wasserbauten“, unter denen „Wasserleitungen, Schleusen, Wehre, Deiche und Dämme“ besonders hervorgehoben werden.

b) „Brücken, Fähren, Wege und Schutzwehre“; daß sie öffentliche seien, wird nicht erfordert; so die GM., speziell btr. der „Wege“: RG. IV 13. Mai 90 E. 20 393, Dresden 31. Mai 78 St. 8 290. Unter letzteren sind übrigens Land- und Wasserwege zu verstehen; Berner S. 629, v. Kirchmann N. 1, Puchelt N. 1, Rüd.-St. N. 3. Keineswegs kommen hier, wie im § 305, nur „gebaute Straßen“ in Betracht, weshalb auch beispielsweise Leinpfade darunter zu verstehen sind; Oppenh. N. 3, Puchelt N. 1, Rüd.-St. N. 3, v. Schwarze N. 2. Gleichgültig ist ferner an sich, ob der Weg ein rechtmäßig oder nur ein thatsächlich bestehender ist; H. Meyer S. 920; deshalb konnte auch der Thatbestand für vorliegend erachtet werden bei einem über die Eisdecke eines Flusses führenden, durch die Passage der Bewohner einer anliegenden Stadt in äußerlich sichtbarer Weise hergestellten Wege; Dresden 7. Juni 75 St. 6 42. Es wird dabei freilich in Betracht kommen, daß ein Weg, der gegen das bestehende Besitzrecht eines Dritten lediglich thatsächlich durch den Verkehr des Publikums entstanden ist, durch äußerlich sichtbare Vorkehrungen des Berechtigten jederzeit thatsächlich wieder beseitigt werden kann.

c) „Dem Bergwerksbetriebe dienende Vorrichtungen“ sei es „zur Wasserhaltung“ oder „zur Wetterführung“ oder „zum Aus- und Einfahren der Arbeiter“.

Aus dem Begriff der Beschädigung bzw. Zerstörung (§ 303 N. 4) folgt, daß es in allen Fällen um die Verletzung der Substanz eines der bezeichneten Objekte sich handeln muß,

so daß z. B. die Versperrung eines Weges durch Ueberlegen von Baumstämmen nicht genügt; Oppenh. N. 5, v. Schwarze N. 1. Die Substanzverletzung wird freilich unter Umständen auch angenommen werden können, wenn dem vorhandenen Werke, namentl. einem Wasserbau, Vorrichtungen hinzugefügt werden; Meves N. 6.

4) Die zweite Reihe der Mischthatbestände verlangt ein vorsätzliches „Stören des Fahrwassers". Unter letzterem ist der zum Fahren benutzte Theil eines Gewässers d. h. derjenige Theil desselben zu verstehen, in dem der Fahrende sein Fahrzeug halten muß, um nicht auf Untiefen o. sonstige Hindernisse zu gerathen; die Ausdehnung des Fahrwassers wechselt je nach der Jahreszeit; RG. II 18. Sept. 88 E. 18 85, Meves N. 8 u. StRZ. 13 376, Oppenh. N. 7, v. Schwarze N. 4. Eine „Störung" (vgl. § 317 N. 4) des Fahrwassers tritt ein, sobald seine Beschaffenheit in denjenigen Beziehungen eine Aenderung erleidet — sei es in der Tiefe oder in der Art, namentl. der Richtung, der Strömung —, die für die Benutzung desselben für die Schifffahrt von Bedeutung sind; cit. RG. 18. Sept. 88 (deshalb den Thatbestand verneinend beim bloßen Befahren des Flusses, selbst wenn in Folge unrichtiger Lenkung ein anderes Schiff an der Benutzung des Fahrwassers zeitweise behindert wird), Meves N. 9 u. StRZ. aO., Oppenh. aO.

Aber nicht die Störung des Fahrwassers in einer jeden Wasserstraße kommt für den Thatbestand des § 321 in Betracht, sondern nur, wenn dieselbe erfolgt in „Strömen, Flüssen oder Kanälen", soweit dieselben „schiffbar" sind; Rubo N. 5, Rüd.-St. N. 2. Hiernach bezieht dieser Mischthatbestand des § 321 sich weder auf Binnengewässer, wie Haffe u. Landseen, noch auf Hafeneingänge (Meves N. 7, Oppenh. N. 6), noch auf Ströme 2c., die nur „flößbar", nicht aber „schiffbar" sind; cit. RG. 18. Sept. 88, Berlin 12. Nov. 75 St. 6 44, Meves N. 7, Oppenh. aO.

Durch diesen Mischthatbestand des § 321 sind übrigens die wasserpolizeilichen Vorschriften älterer Landesgesetze nicht außer Kraft gesetzt; vgl. § 312 N. 1_2.

5) Für beide Fälle (N. 3, 4) ist es gleichgültig, ob das Objekt der Hdlg. für den Thäter eine fremde Sache ist oder in seinem Eigenthum steht; so die GM. insbs. Dresden 4. März 72, 31. Mai 78, St. 1 308, 8 290.

6) „Durch eine dieser (N. 3—5 charakterisirten) Handlungen" muß eine näher bestimmte „Gefahr herbeigeführt", d. h. eine Gefährdung (§ 315 N. 6) verursacht worden sein (vgl. die §§ 309 N. 2, 312 N. 3 im Hinblick auf Abs. 2 des § 321); aM.: Meves N. 13 u. StRZ. 13 378, v. Schwarze §§ 312 f. N. 4, „verursachen" sei in dieser Richtung für zu speziell erachtet und deshalb durch „herbeiführen" ersetzt worden, Siebenhaar ZfStRW. 4 287. Im übrigen vgl. u. N. 8.

7) Die Gefahr muß „für das Leben oder die Gesundheit" (vgl. § 223 N. 5) „Anderer" herbeigeführt sein. Einer „gemeinen Gefahr" in dem § 312 N. 4 erläuterten S. bedarf es somit nicht; so die GM., insbs. Dresden 7. Juni 75, 31. Mai 78, St. 6 42, 8 290; aM.: Hälschner 2 653, v. Liszt S. 520, Siebenhaar ZfStRW. 4 286 (siehe o. Abschn. 27 N. 1_2); vgl. auch Schaper HH. 3 902, da es um Gegenstände des allg. Nutzens und Gebrauchs sich handele, so liege in der Gefährdung jedes Einzelnen zugleich die — wenn auch nicht gleichzeitige — Gefährdung unbestimmt vieler Anderer. Dagegen fordert § 321 im Anschluß an das PrStGB. § 301 eine Gefährdung „Anderer" und nicht blos, wie § 323, „eines Anderen"; man wird deshalb und mit Rücksicht auf die Stellung des § 321 im Abschn. 27, der die Vermuthung für einen größeren Umfang der „Gefährdung" nahe legt, nicht annehmen dürfen, daß der Gesetzgeber hier, wie an anderen Stellen (vgl. z. B. § 110 N. 14), des Plurals lediglich statt des Singulars sich bedient habe, vielmehr wirklich die Gefährdung mehrerer Personen an Leben oder Gesundheit verlangen müssen; so Rubo N. 6; aM.: Hälschner 2 653, Meves N. 11 u. StRZ. 13 377, H. Meyer S. 920, Blum N. 3, Oppenh. N. 9, Puchelt N. 1, Rüd.-St. N. 1, v. Schwarze N. 5. Das von Meves aus dem nur den Tod eines Menschen erfordernden Abs. 2 entnommene Argument ist keinesfalls stichhaltig, da es sich nicht um eine bloße Gefährdung, sondern um einen verursachten Schaden handelt.

Darauf, ob die „Gefährdeten" ein Recht auf die Benutzung des Weges 2c. hatten oder

nicht, kommt nichts an; Dresden 31. Mai 78 St. 8 290, Schaper HH. 3 902 N. 2, Oppenh. N. 9, Rüd.-St. N. 6.

Das Gesetz unterscheidet auch nicht, zu welchem Zwecke die gefährdeten Personen sich auf dem Wege oder auf bzw. in dem Wasser befinden; es genügt deshalb, wenn irgend welche Personen gefährdet wurden; aM. Meves StRZ. 13 378, der btr. der Wasserwege ausführt, daß der Schutz des Gesetzes, wie aus dem Begriffe „Fahrwasser" folge, nur dem Gewässer gewährt werde, soweit es zur Schifffahrt (nicht z. B. zum Baden) benutzt werde.

8) Was den Dolus anbetrifft, so nimmt Binding Normen 2 480 bei dem Delikte aus § 321 die Konkurrenz eines Verletzungs- und eines Gefährdungsvorsatzes an. Diese Ansicht, wonach der Vorsatz auch auf die Gefährdung sich erstrecken muß (so auch Hälschner 2 653, v. Liszt S. 520, H. Meyer S. 903), erscheint jedoch nicht richtig; zunächst wird sie durch die grammatikalische Konstruktion nicht gerechtfertigt, denn das „vorsätzlich" bezieht sich, abweichend vom § 315_1 (das. N. 11) und vom § 317_1 (das. N. 6), nur auf den ersten Satz des § 321, d. h. nur auf eine der dort bezeichneten Hdlgen; daß durch eine derselben eine Gefahr herbeigeführt sein muß, wird durch die Partikel „und" derartig angeknüpft, daß schon der Satzbau selbst erkennen läßt, der Gesetzgeber habe nur die objektive Folge im Auge, gleichgültig, ob sie beabsichtigt war oder nicht; es hätte nach dem Worte „stört" gerade so gut fortgefahren werden können: „wird, wenn durch eine dieser Handlungen Gefahr . . herbeigeführt wurde, mit Gefängniß . . bestraft". Diese Auffassung findet ihre innere Bestätigung durch den § 326; dieser setzt zunächst ausweislich seiner Eingangsworte im übrigen völlig den Thatbestand des § 321 voraus, abgesehen davon, daß eine der „im § 321 bezeichneten Handlungen" aus Fahrlässigkeit, also nicht vorsätzlich, begangen worden sein muß; die Gefährdung für das Leben oder die Gesundheit Anderer wird auch hier vorausgesetzt; dazu muß aber als Erforderniß ferner noch treten, daß „durch die Handlung ein Schaden verursacht ist". Erstreckte sich nun im Falle des § 321 der Vorsatz auch auf die Gefährdung, so würde die vorsätzliche Vornahme einer der im § 321 bezeichneten Hdlgen, welche unbeabsichtigter Weise eine Gefährdung Anderer herbeiführte, nicht aber zugleich einen Schaden verursachte, weder aus § 321 noch aus § 326, d. h. überhaupt nicht als eigenthümliches Delikt, strafbar sein; nach dem gesammten Aufbau der §§ 321—326 kann der Gesetzgeber dies nicht beabsichtigt haben; jene Hdlg. ist aber auch aus § 321 strafbar, sobald man die Gefährdung nur als objektives Erforderniß ansieht; so Rüd.-St. N. 7 u. anscheinend auch v. Buri Kausalität S. 64, die Strafe hätte durch das Vorhandensein von dolus und culpa bedingt sein sollen. Unrichtig ist hiernach auch die GM., welche mit dem „Bewußtsein" von der Gefährlichkeit der Hdlg. für Leben oder Gesundheit Anderer sich begnügt, eine Ansicht, die übrigens in Wahrheit von der Binding'schen nicht verschieden ist, da sie im Grunde nur das Vorliegen wenigstens eines dolus eventualis bezüglich der Gefährdung verlangt (vgl. § 315 N. 11_1).

Nach der oben vertretenen Auffassung muß aber, mit Binding Normen 2 487 u. Rüd.-St aO., umsomehr gegen die GM. (vgl. insbs.: RG. IV 13. Mai 90 E. 20 393, Dresden 4. März 72 St. 1 308) daran festgehalten werden, daß das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit als generelles Merkmal des Dolus auch hier erforderlich sei (vgl. § 315 N. 11_3). So ist z. B. nicht aus § 321 strafbar, wer in Ausübung einer Amtspflicht vorsätzlich das Fahrwasser in einem Kanale stört, auch wenn dadurch eine Gefährdung für Andere herbeigeführt sein sollte.

9) Wegen der im Absatz 2 hervorgehobenen straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295, welche das Verg. zum Verbr. erheben, vgl. §§ 221 N. 11, 315 N. 12. Die „Unmittelbarkeit" der Verursachung ist hiernach nicht Erforderniß; so Meves N. 17; aM. F. Meyer N. 4.

10) Der Versuch des Verg. ist nicht für strafbar erklärt (§ 43_2), möglicher Weise aber als versuchte oder vollendete Sachbeschädgg. strafbar; RG. III 13. Juli 82 R. 4 692, v. Schwarze N. 6, v. Buri Kausalität S. 64.

Eine nach § 43 strafb. Versuch des Verbrechens ist denkbar, weil die schwere Körperverltzg. 2c. einer einzelnen Person durch eine der im Abs. 1 bezeichneten Hdlgen herbeigeführt sein kann, ohne daß eine Mehrheit von Personen (N. 7) gefährdet wurde; vgl. § 220 N. 5.

11) Das Delikt aus § 321 kann in Idealkonkurrenz (§ 73) treten namentlich:

a. mit den V. u. V. der vorsätzlichen Tödtung (§§ 211 ff.) und Körperverletzung (§§ 223 ff.); denn ein gegenseitiger Ausschluß beider Delikte durch einander findet deshalb nicht statt, weil dasjenige aus § 321 einen Gefährdungsvorsatz nicht verlangt (s. o. N. 8), folglich nicht davon die Rede ist, daß ein Verletzungs- und ein Gefährdungsvorsatz auf dasselbe Objekt gerichtet sein würde, was allerdings nicht möglich (vgl. § 73 N. 13 b α);

b. mit dem Verg. aus § 304, wenn der zerstörte Damm, Weg ꝛc. „zum öffentlichen Nutzen" diente; das. N. 2 f;

c. mit dem Verg. aus § 305, wenn der zerstörte Damm oder ein anderes im § 321 bezeichnetes „Bauwerk" fremdes Eigenthum sind;

d. mit den Verbr. aus §§ 312 ff.; so: Schaper HH. 3 902, F. Meyer N. 9, Siebenhaar ZfStRW. 4 287, während Berner S. 629 ev. die §§ 312 ff. ausschließlich anwenden will.

12) Die Strafe des Vergehens ist Gefängniß von 3 Mt.—5 J. (§ 16).

Die Hauptstr. des vollendeten Verbrechens ist Zuchthaus (§ 14_2), und zwar des leichteren von 1—5 J., des schwereren von 5—15 J.; als Nebenstr. kann erkannt werden: a. nach § 32 VdbER.; b. nach § 325 ZulvPolAuff. Der Versuch (N. 10_2) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen.

13) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_3 beim Verg. in fünf, nach § 67_1 beim leichteren Verbr. in zehn, beim schwereren in funfzehn Jahren; wegen des Beginnes der Verjährung der Verbr. vgl. § 67 N. 9.

Zuständig ist:

wegen des Verg. u. des Verbr. aus Abs. 2 S. 1: **Strafk.**; GVG. §§ 73^1, 27; 73^2;
wegen des Verbr. aus Abs. 2 S. 2: **SchwG.**; GVG. §§ 80, 73^{2-7}, 136^1.

§. 322.

Wer vorsätzlich ein zur Sicherung der Schifffahrt bestimmtes Feuerzeichen oder ein anderes zu diesem Zwecke aufgestelltes Zeichen zerstört, wegschafft oder unbrauchbar macht, oder ein solches Feuerzeichen auslöscht oder seiner Dienstpflicht zuwider nicht aufstellt, oder ein falsches Zeichen, welches geeignet ist, die Schifffahrt unsicher zu machen, aufstellt, insbesondere zur Nachtzeit auf der Strandhöhe Feuer anzündet, welches die Schifffahrt zu gefährden geeignet ist, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft.

Ist durch die Handlung die Strandung eines Schiffes verursacht worden, so tritt Zuchthausstrafe nicht unter fünf Jahren und, wenn der Tod eines Menschen verursacht worden ist, Zuchthausstrafe nicht unter zehn Jahren oder lebenslängliche Zuchthausstrafe ein.

PrStGB. § 302 Abs. 1, 2. Entw. I § 303 Abs. 1, 2, II § 319. Aktenst. Nr. 92.
Vgl. §§ 325, 326 sowie EG. § 4.

1) Die verschiedenen Mißthatbestände des § 322 erfordern durchweg vorsätzliche (vgl. § 321 N. 1) Hdlgen, welche rechtswidrige Einwirkungen auf „Schifffahrtszeichen" darstellen, gleichgültig, ob dieselben zur Sicherung der Seeschifffahrt (vgl. § 145) oder der Binnen- bzw. Flußschifffahrt bestimmt sind; so die GM.

Wenn das Gesetz von Zeichen spricht, welche zur Sicherung der Schifffahrt „aufgestellt" sind, so ist dieser Ausdruck nicht im engeren S. zu verstehen; derselbe ist vielmehr gleichbedeutend mit „angebracht" und umfaßt deshalb namentl. auch die schwimmenden Zeichen; H. Meyer S. 919, Meves StRZ. 3 381.

Speziell sind die zu jenem Zwecke bestimmten „Feuerzeichen" hervorgehoben, welche Bezeichnung gleichfalls in weiterer Bedeutung auf alle Lichtzeichen, namentl. einschließlich der elektrischen, zu beziehen ist; Schaper HH. 3 903 N. 1, Oppenh. N. 3, v. Schwarze N. 3, Meves aO. S. 382.

Als allgemeine Voraussetzung ist aber anzusehen, daß die Zeichen unter öffentlicher Autorität angebracht sind, was einestheils daraus folgt, daß den einzelnen positiven Hdlgen (N. 2a, c) „das dienstwidrige Verhalten der mit der Aufstellung betrauten Personen" (N. 2b) gleichgestellt ist, andererseits aus dem legislatorischen Grunde sich ergiebt, daß für Zeichen, die seitens der zuständigen Behörden nicht für nothwendig erachtet sind, der gewöhnliche Schutz fremden Eigenthums ausreichend ist; so Meves aO. S. 383; aM.: Hälschner 2 657 N. 2, H. Meyer aO., Rüd.-St. N. 1, v. Schwarze N. 3.

2) Die einzelnen vorsätzlichen Einwirkungen auf Schifffahrtszeichen (N. 1) sind;

a) „Zerstören (§ 303 N. 5), Wegschaffen oder Unbrauchbarmachen" eines solchen Zeichens, speziell „Auslöschen" eines solchen Feuerzeichens (N. 1_3). Das Verrücken eines Zeichens ist ein „Wegschaffen", vielleicht auch ein „Unbraubarmachen", das Verdunkeln eines Feuerzeichens jedenfalls dieses letztere; so im wesentlichen übereinstimmend Schaper HH. 3 903 N. 1, v. Schwarze N. 4 u. Meves StRZ. 13 381 f., während Oppenh. N. 3 das Verdunkeln dem „Auslöschen" gleichstellt.

b) „Nichtaufstellen" (N. 1_2) eines solchen Feuerzeichens der „Dienstpflicht" zuwider. Da es um Feuerzeichen sich handelt, die kraft öffentlicher Autorität aufgestellt sind (N. 1_4), so ist mit „Dienstpflicht" hier nichts anderes bezeichnet, als was sonst „Amtspflicht" genannt wird (§ 332); deshalb kann Thäter nur ein mittelbarer o. unmittelbarer Beamter i. S. des § 359 sein (aM.: H. Meyer S. 919 N. 99, Seligsohn G. 28 220, es beziehe § 322 sich auf alle, die vermöge eines Dienstverhältnisses zur Aufstellung von Feuerzeichen verpflichtet seien) und folgeweise ev. § 4[1] (das. N. 10c) Anwendung zu finden haben. Verletzt wird das auf Aufstellung des Feuerzeichens — wenn auch nur an einen beschränkten Kreis (vgl. § 320 N. 3) — gerichtete Gebot, weshalb ein echtes Unterlassungsdelikt vorliegt (§ 1 N. 3b); so: Schwalbach GS. 31 549, Seligsohn aO., Albosser Unterlassungsdel. S. 131, Landsberg Kommissivdel. S. 212; aM. Sturm Unterlassungsdel. S. 381, 417. Ausnahmsweise (Th. I Abschn. 4 N. 4_2) ist nicht jede Nichtbefolgung kriminell strafbar, sondern nur die „vorsätzliche", während die „fahrlässige" aus § 326 (das. N. 2) zu ahnden ist. Uebrigens kann auch dieses Delikt zweifellos durch eine „Handlung" verübt werden, so z. B. wenn der Beamte sich zur Pflichterfüllung vorsätzlich durch Herbeiführung totaler Trunkenheit physisch untauglich macht; Schwalbach aO. S. 612.

c) „Aufstellen (N. 1_2) eines falschen Zeichens, welches geeignet ist, die Schifffahrt unsicher zu machen", insbs. das „zur Nachtzeit" (vgl. § 243 N. 52) auf der „Strandhöhe", womit der Strand überhaupt und namentl. die denselben begrenzende Dünenkette bezeichnet wird (Meves aO. S. 383), vorgenommene „Anzünden eines Feuers", d. h. die Erregung eines Lichtscheins (N. 1_3), welches „die Schifffahrt zu gefährden geeignet ist". Eine „Gefährdung" (§ 315 N. 6) der Schifffahrt, womit das „Unsichermachen" zweifellos identisch, wird also nicht einmal für diesen Mischthatbestand gefordert (geschweige denn für die übrigen); so: Schaper HH. 3 903 f., Meves aO. S. 380; aM. Oppenh. N. 1. Es genügt vielmehr die „abstrakte Gemeingefährdung" (v. Liszt S. 520, Rüd.-St. N. 4, Siebenhaar ZfStRW. 4 277 ff., Rotering G. 31 274), wie aus dem „zu gefährden geeignet ist" (vgl. § 229_1) erhellt; es muß deshalb das Zeichen von solcher „Größe und Bedeutung" (das Feuerzeichen namentl. von solcher „Intensität") sein, daß es in einer gewissen Entfernung über die Meeresfläche hin sichtbar ist und deshalb vom Schiffer als ein Zeichen angesehen werden kann; Meves aO. S. 383.

3) Zum Dolus gehört zunächst das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit (vgl. § 321 N. 8_2); vgl. H. Meyer S. 919, der das Delikt aus § 322 als „rechtswidrige" Einwirkung auf Schifffahrtszeichen charakterisirt, ferner Meves StRZ. 13 384, der jedoch seine gleiche Ansicht btr. § 321 im Kommentar zur StGN. § 321 N. 15 A. 7 aufgegeben hat.

Abgesehen von diesem generellen Merkmale ist aber nur die „Vorsätzlichkeit" der Hdlg. erforderlich, die ihrerseits das Wissen davon bedingt, das ein „zur Sicherung der Schifffahrt bestimmtes Feuerzeichen" zerstört wurde ꝛc.; so Oppenh. N. 1, während Schaper HH. 3 903, v. Schwarze N. 2 u. Meves aO. weitergehend ein „Bewußtsein der Gemeingefährlich-

keit" des Handelns bzw. „die bewußte Herbeiführung der Möglichkeit einer Gefährdung" verlangen; vgl. auch Hälschner 2 657 f. insbs. N. 1.

4) Der Absatz 2 enthält i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 straferhöh. Umstände nämlich die „Verursachung" (Th. I Abschn. 4 N. 3_2): a. der „Strandung eines Schiffes", b. „des Todes eines Menschen" (§ 309 N. 6).

Speziell zu a ist hervorzuheben, daß „Schiff" im weitesten S. ein jedes auf dem Wasser zu benutzende Fahrzeug bezeichnet (§ 265 N. 2a); denn wie der Tod eines einzelnen Menschen straferhöhend wirkt, so auch das Stranden eines Schiffes, welches vielleicht nur Einen Menschen trägt. Daß das Schiff gerade gegen den Willen des Schiffers „auf den Strand gerathen" war, erscheint nicht unbedingt erforderlich, vielmehr wird, unter der Voraussetzung des Kausalzusammenhanges, der Umstand auch dann für vorliegend zu erachten sein, wenn der Schiffer das Schiff absichtlich auf den Strand gerathen ließ, um „Schiff und Ladung" oder auch nur letztere zu retten (vgl. HGB. Art. 708³, StrandungsO. v. 17. Mai 1874 § 4); Schaper HH. **3** 903.

5) Ein aus § 43 strafb. Versuch ist nicht nur bei dem einfachen Verbr. aus Abs. 1, sondern auch bei dem schwereren der beiden qualifizirten Verbr. aus Abs. 2 denkbar (vgl. § 220 N. 5), während freilich die Verursachung der „Strandung" der Natur der Sache nach die Vollendung des Verbr. bedingt.

6) Die Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus (§ 14) u. zwar des einf. von 1—10 J., des leichter qualif. von 5—15 J., des schwerer qualif. wahlweise zeitiges von 10—15 J. o. lebenslängliches; ausnahmsweise ist nach EG. § 4 (das. N. 3, 4) Todesstr. (§ 13 N. 1) zu verhängen. Als Nebenstr. kann erkannt werden: a nach § 32 VdbER.; b. nach § 325 ZulvPolAuff.

Der Versuch (N. 5) ist nach den §§ 44 (insbs. Abs. 2 bzw. 4), 45 zu bestrafen; vgl. § 44 N. 4.

7) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 beim einf. Verbr. in zehn, beim leichter qualif. u. beim versuchten schwerer qualif. Verbr. in funfzehn, beim vollendeten schwerer qualif. Verbr. in zwanzig Jahren (§ 67 N. 2c). Wegen des Beginnes der Verjährung der beiden qualif. Verbr. vgl. § 67 N. 9.

Zuständig ist **SchwG.**; GVG. §§ 80, 73²⁻⁷, 136¹.

§. 323.

Wer vorsätzlich die Strandung oder das Sinken eines Schiffes bewirkt und dadurch Gefahr für das Leben eines Anderen herbeiführt, wird mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren und, wenn durch die Handlung der Tod eines Menschen verursacht worden ist, mit Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft.

PrStGB. § 303 Abs. 1. Entw. I § 304 Abs. 1, II § 320. Aktenst. Nr. 92.

Vgl. §§ 325, 326 sowie EG. § 4.

1) Das Delikt aus § 323 (das. N. 2) ist demjenigen aus § 321 darin ähnlich, daß sein Thatbestand eine Verletzung und eine dadurch verursachte Gefährdung erfordert.

2) Die Verletzung besteht in dem vorsätzlichen (vgl. § 321 N. 1) „Bewirken der Strandung oder des Sinkens eines Schiffes" (vgl. „sinken oder stranden machen" im § 265; das. N. 2b).

„Schiff" bezeichnet ein jedes auch nur zum Aufenthalt eines Menschen (N. 3) dienende Fahrzeug auf dem Wasser (§ 322 N. 4); **RG.** II 17. Apr. 83 E. 8 218 (btr. eines mit 10 Ct. Gemüse beladenen, von Einer Person geführten Bootes), Meves StRZ. **13** 411. Ob das Schiff ein Seeschiff o. ein Flußschiff, ist gleichgültig; v. Kirchmann N. 1, Oppenh. N. 3.

Wegen „Bewirkens" der Strandung oder des Sinkens vgl. N. 4 zum § 322 btr. der „Verursachung" einer Strandung; dieselbe trifft auch hier zu, da jenes „Bewirken" lediglich die unmittelbare oder mittelbare Verursachung bezeichnet. Im übrigen ist wegen „Strandung" der Art. 857 HGB. zu vergleichen. Ein „Sinken" liegt nur dann vor, wenn das Schiff ganz oder theilweise in dem Maße, daß es seine Operationsfähigkeit ver-

loren, unter der Oberfläche des Wassers verschwunden ist; so RG. II 4. Juni 80 E. 2 86, welches deshalb in einem Falle, wo der Schiffer das Schiff auflaufen ließ und nach eingetretenem Zurückrutschen künstlich über Wasser hielt, ein „Sinken" nicht annahm.

3) Durch eine der in N. 2 charakterisirten Hdlgen („dadurch") muß zwar nicht eine Gemeingefährdung (so jedoch: v. Liszt S. 521, Siebenhaar ZfStRW. 4 287; vgl. Abschn. 27 N. 1₂), wohl aber eine konkrete Gefährdung (Geyer 2 118, Hälschner 2 659, H. Meyer S. 918, Rüd.-St. N. 3, Rotering G. 31 277) nämlich eine „Gefahr für das Leben eines Anderen" herbeigeführt sein, nicht für das Leben „Anderer", wie im Falle des § 321, dessen N. 6, 7 im übrigen zu vergleichen sind. Jener vom Gesetze erforderte Kausalzusammenhang (vgl. § 312 N. 3) bedingt aber keineswegs, daß der Gefährdete auf dem Schiffe selbst sich befunden haben müsse; so: Hälschner H. Meyer, Rüd.-St. aO., v. Schwarze N. 4; aM.: v. Kirchmann N. 1, Meves StRZ. 13 411 f., obgleich dieser ausdrücklich auch einen nur „mittelbaren" Kausalzusammenhang für ausreichend erachtet.

4) Wegen des Dolus vgl. die auch hier zutreffende N. 8 zum § 321. Die GM. (z. B. John HRl. „Strandung") verlangt keinen Gefährdungsvorsatz, begnügt sich vielmehr mit dem Erfordernisse des Bewußtseins der Gefährdung des Lebens eines Anderen. Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit wird auch hier zu Unrecht von der GM. nicht für erforderlich erachtet; allein dasselbe korrespondirt mit dem Erfordernisse der objektiven Rechtswidrigkeit, während freilich die GM. lediglich den Nothstand i. S. des § 54 als Strafausschließungsgrund gelten läßt. Vgl. auch Hälschner 2 659 N. 1, 2.

5) Wegen des i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 straferhöh. Umst. vgl. Th. I Abschn. 4 N. 3₂ u. § 309 N. 6. Keineswegs ist, ähnlich dem Falle des § 307 [1], nothwendig, daß der Getödtete auf dem Schiffe anwesend war; aM. Meves StRZ. 13 414.

6) Ein aus § 43 strafb. Versuch ist nicht nur bei dem einfachen, sondern auch bei dem qualifizirten Verbr. denkbar, weil durch die Hdlg. der Tod eines Menschen verursacht sein kann, ohne daß die beabsichtigte Strandung zur Vollendung kam (vgl. § 220 N. 5).

7) Idealkonkurrenz (§ 73) kann vorliegen namentlich mit:

a. den vorsätzlichen Tödtungsdelikten; vgl. die auch hier zutreffende N. 11 a zum § 321; John HRl. „Strandung", Schaper HH. 3 904 N. 2 u. Meves StRZ. 13 410 scheinen bei vorliegender Tödtungsabsicht lediglich die §§ 211 ff. anwenden zu wollen;

b. dem Versicherungsbtr. aus § 265 (das. N. 2 b), wobei die Strafe aus § 323 zu bemessen ist; so die GM.

8) Die Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus (§ 14), u. zwar: des einf. von 5—15 J., des qualif. wahlweise zeitiges von 10—15 J. o. lebenslängliches; ausnahmsweise ist nach EG. § 4 (das. N. 3, 4) Todesstr. (§ 13 N. 1) zu verhängen. Als Nebenstr. kann erkannt werden: a. nach § 32 VbbEN.; b. nach § 325 ZulvPolAuff.

Der Versuch (N. 6) ist nach den §§ 44 (insbs. Abs. 2 u. 4), 45 zu bestrafen; vgl. § 44 N. 4.

9) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67₁ beim einf. und beim versuchten qualif. Verbr. in funfzehn, beim vollendeten qualif. in zwanzig Jahren (§ 67 N. 2 c). Wegen des Beginnes der Verjährung des qualif. Verbr. vgl. § 67 N. 9.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73 [2-7], 136 [1].

§. 324.

Wer vorsätzlich Brunnen- oder Wasserbehälter, welche zum Gebrauche Anderer dienen, oder Gegenstände, welche zum öffentlichen Verkaufe oder Verbrauche bestimmt sind, vergiftet oder denselben Stoffe beimischt, von denen ihm bekannt ist, daß sie die menschliche Gesundheit zu zerstören geeignet sind, ingleichen wer solche vergiftete oder mit gefährlichen Stoffen vermischte Sachen wissentlich und mit Verschweigung dieser Eigenschaft verkauft, feilhält oder sonst in Verkehr bringt, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren und, wenn

durch die Handlung der Tod eines Menschen verursacht worden ist, mit Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft.

PrStGB. § 304 Abs. 1, 2. Entw. I § 306 Abs. 1, II § 321. Aktenst. Nr. 92.
Vgl. §§ 325, 326 sowie EG. § 4.

1) Der § 324 umfaßt verschiedene Mischthatbestände, die mit Rücksicht auf die erforderlichen vorsätzlichen (vgl. § 321 N. 1) Hdlgen wesentlich nach zwei Richtungen auseinandergehen (N. 2 bzw. 5). Eine konkrete Gemeingefährdung oder auch eine Gefährdung Einzelner oder eines Einzelnen gehört zu keinem der Thatbestände; die abstrakte Gemeingefährdung bildet das gesetzgeberische Motiv; so: v. Liszt S. 523, Rüd.-St. 3, Siebenhaar ZfStRW. **4** 280, Rotering G. **31** 275; aM. Hälschner **2** 662.

2) Der erstere der Mischthatbestände verlangt, daß vorsätzlich gewisse Objekte „vergiftet" — wenn auch nicht nothwendig durch unmittelbar die Vergiftung der Gegenstände herbeiführende Hdlgen, sd. insbs. auch durch Unterlassgen; **RG.** I 29. Sept. 90 E. **21** 76 — oder daß denselben „Stoffe beigemischt worden, von denen dem Thäter bekannt ist, daß sie die menschliche Gesundheit zu zerstören geeignet sind" — Stoffe also, welche Satz 2 dieses §. als „gefährliche" bezeichnet. Im § 229, dessen N. 2—4 zu vergleichen, war die Hervorhebung überflüssig, daß der Stoff geeignet sein müsse, die menschliche Gesundheit zu zerstören; im § 324 zeigt aber diese, behufs Ausschließung von Zweifeln für nöthig erachtete, Hinzufügung, daß auch bei dem „Vergiften" von Gegenständen nur an eine Infizirung derselben mit solchem Gifte gedacht ist, welches der menschlichen Gesundheit schädlich ist; Dresden 12. Apr. 78 St. **8** 291, Schaper HH. **3** 905 N. 5, v. Schwarze N. 1.

3) Als Objekte der in N. 2 charakterisirten Handlungen kommen in Betracht:

a) „Brunnen- oder Wasserbehälter, welche zum Gebrauche Anderer dienen", d. h. zur Wassergewinnung für den persönlichen Bedarf von Menschen, nicht also z. B. zur Fischzucht oder zur Viehtränke; so: v. Liszt S. 523, Oppenh. N. 2, Rüd.-St. N. 2, v. Schwarze N. 1 und namentl. das N. 2 cit. Dresden, welches speziell verlangt, daß die Benutzung des Wassers auf den Genuß durch Menschen gerichtet sei oder doch auf eine solche Verwendung des Wassers, bei welcher dasselbe auf den menschlichen Organismus einwirken könne.

b) „Gegenstände, welche zum öffentl. Verkaufe o. zum Verbrauche bestimmt sind".

Das Erstere ist dann der Fall, wenn ein Gegenstand dem käuflichen Erwerbe seitens Anderer in nicht individuell begrenzter Weise zugänglich gemacht ist; v. Liszt S. 523, Oppenh. N. 5. Das Moment des „Oeffentlichen" fehlt nicht unbedingt, wie die Motive zum NahrungsmittelG. §§ 12, 13 (G. **27** 334) annehmen, bei Sachen, die „im Wege des Hausirens" verkauft werden sollen; denn das auf „öffentlichen Straßen" rc. betriebene Hausiren ist ein „öffentliches Verkaufen". Dagegen sind Gegenstände, die erst später in Verkehr gebracht werden sollen, wie z. B. Thiere, welche der Eigenthümer schlachten und dann erst verkaufen wollte, noch nicht zum öffentl. Verkaufe bestimmt, weil sie in der augenblicklichen Beschaffenheit Niemandem zugänglich gemacht sind; Dresden 3. Apr. 71 St. **1** 43, Oppenh. N. 5, Rüd.-St. N. 1, v. Schwarze N. 7, 9. Wer dagegen Thieren, die zur Nahrung von Menschen dienen und z. B. zum Verkaufe auf den Markt gebracht werden, ein für Menschen gefährliches Gift einflößt, verfällt der Strafbestimmung des § 324.

„Verbrauch" ist nicht identisch mit „Gebrauch" (vgl. NahrungsmittelG. § 12[2]); es kommen aber nicht nur „Nahrungs- u. Genußmittel" bzw. Arzeneien in Betracht, sondern auch andere zum Verbrauche bestimmte Gegenstände, wie z. B. Seife.

Im übrigen ist die Qualität der „Gegenstände" gleichgültig; so sind z. B. auch Kleiderstoffe, Tapeten, Lampenschirme rc. dazu zu rechnen, sofern sie zum „öffentlichen Verkaufe bestimmt" sind; Berner S. 630, Schaper HH. **3** 905 N. 5, Blum N. 1, v. Schwarze N. 2, Ortloff St. **2** 1 ff.

4) Vorausgesetzt ist offenbar, daß ein sachgemäßer Gebrauch die Gefährdung mit sich bringe, da bei bestimmungswidrigem Gebrauche jeder Gegenstand gesundheitszerstörend

wirken kann; so: Berner S. 630, Hälschner 2 662 N. 1, v. Liszt S. 523, Oppenh. N. 6, Puchelt N. 5, Rüd.-St. N. 5, v. Schwarze N. 4; vgl. auch RG. III 9. Juni 80 E. 2 177 btr. der ähnlichen Frage bei NahrungsmittelG. § 12[1]; aM. Schaper HH. 3 906 N. 7.

5) Beim zweiten Mischthatbestande wird als Hdlg. ein „Inverkehrbringen" erfordert; vgl. § 146 N. 6 und damit wesentlich übereinstimmend RG. I 13. Dez. 80 E. 3 119, welches jene, im beabsichtigten Anschluß an § 324 gebrauchte, Wendung im NahrungsmittelG. § 12[1] für gleichbedeutend mit „Andren überlassen" (§ 367[3]) erachtet; so v. Liszt S. 523; aM. München OLG. 14. Feb. 80 BayerE. NF. 1 97, das den Thatbestand der §§ 326, 324 verneinte, weil die Vergiftung einer lediglich für eine konkrete Person bestimmten Sache (einer Arzenei) in Frage gestanden habe; ferner Hälschner 2 662. Ob das „Inverkehrbringen" entgeltlich stattfindet oder nicht, ist gleichgültig; Berner S. 630, Schaper HH. 3 905. Jedoch hebt das Gesetz wegen ihrer praktischen Wichtigkeit zwei entgeltliche Arten besonders hervor, nämlich das „Verkaufen" und „Feilhalten"; letzteres erfordert, daß die Gegenstände schon dem kauflustigen Publikum als solchem, nicht nur bestimmten Personen, zugänglich gemacht sind; Berner S. 630, v. Schwarze N. 5.

6) Als Objekte dieses Mischthatbestandes kommen in Betracht: „solche vergiftete oder mit gefährlichen Stoffen vermischte Sachen", d. h. solche, wie sie im Satze 1 dieses §. bezeichnet werden. Demnach ist erforderlich, daß die Sachen durch eine menschliche Thätigkeit mit Gift oder einem derselben gleichgestellten Stoffe infizirt sind, so daß z. B. durch inneren Verderb vergiftete Gegenstände nicht hierher gehören; Motive zum NahrungsmittelG. §§ 12, 13 (G. 27 334); ebensowenig trichinenhaltiges Fleisch (§ 367[7]); so auch die citirten Motive, jedoch aus dem nicht stichhaltigen Grunde, weil solches die Gesundheit zwar zu beschädigen, nicht aber zu zerstören geeignet sei (N. 2); aM. Oppenh. N. 7.

Diese Objekte müssen nicht nur „wissentlich", d. h. in Kenntniß (Binding Normen 2 603), sondern namentl. auch „mit Verschweigung dieser — gefährlichen — Eigenschaft" in Verkehr gebracht sein; sonach verfallen z. B. Fabrikanten und Grossisten, welche die Eigenschaft dem Zwischenhändler mittheilen, nicht dem § 324; vgl. die citt. Motive sowie RG. I 27. März 82 E. 6 121.

7) Was den Dolus anbetrifft, so erfordert das Gesetz die Vorsätzlichkeit für die erste Reihe der Mischthatbestände ausdrücklich, während sie für den zweiten Mischthatbestand aus der Hervorhebung der „Wissenschaft" bezüglich eines hervorragenden Deliktsmerkmales (N. 6_2) sich ergiebt. Vgl. deshalb die auch hier entsprechende Anwendung findende N. 3 zum § 322.

Daß auch beim § 324 das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit erforderlich, trotz entgegengesetzter GM., wird praktisch namentl. beim Betriebe des Apothekergewerbes klar. Im übrigen bestimmt den Dolus richtig (wie in N. 3_2 zum § 322) Puchelt N. 3, während Schaper HH. 3 906 unrichtig das „Bewußtsein der Gefährdung Anderer", Siebenhaar ZfStRW. 4 280 und anscheinend auch Oppenh. N. 1 sogar dasjenige der „Gemeingefährdung" fordert; nach Hälschner 2 663 ergiebt das Wissen u. Wollen der Gefahr sich von selbst.

8) Wegen des i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 straferhöh. Umst. vgl. Th. I Abschn. 4 N. 3_2 u. § 309 N. 6.

9) Ein aus § 43 strafb. Versuch ist bei dem einfachen Verbr. denkbar, aber auch bei dem qualifizirten nicht absolut ausgeschlossen, obschon den Umständen nach schwer möglich (vgl. § 220 N. 5).

10) Als ein den § 324 ausschließendes Spezialgesetz erscheint in mehrfachen Beziehungen das G. v. 14. Mai 1879 btr. den Verkehr mit Nahrungsmitteln. Vgl. Binding 1 350 N. 3, welcher zum § 13 das Verhältniß der Alternativität der Gesetze (§ 73 N. 15) mit gleichen Strafandrohungen annimmt, so daß derselbe Thatbestand ebensowohl nach § 13 cit. als auch nach § 324 bestraft werden könne.

11) Die Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus (§ 14) und zwar: des einf. Verbr. von 1—10 J., des qualif. wahlweise zeitiges von 10—15 J. o. lebenslängliches; ausnahmsweise ist nach EG. § 4 (das. N. 3, 4) Todesstr. (§ 13 N. 1) zu verhängen. Als Nebenstr. kann erkannt werden: a. nach § 32 VbbER.; b. nach § 325 ZulvPolAuff.

Der Versuch (N. 9) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 2 bzw. 4), 45 zu bestrafen; vgl. § 44 N. 4.

12) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 beim einf. Verbr. in zehn, beim versuchten qualif. in funfzehn, beim vollendeten qualif. in zwanzig Jahren (§ 67 N. 2 c). Wegen des Beginnes der Verjährung des qualif. Verbr. vgl. § 67 N. 9.

Zuständig ist **SchwG.**; GVG. §§ 80, 73^{2-7}, 136^1.

§. 325.

Neben der nach den Vorschriften der §§. 306 bis 308, 311 bis 313, 315, 321 bis 324 erkannten Zuchthausstrafe kann auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden.

PrStGB. § 305. Entw. I § 307, II § 322.

1) Hinsichtlich der ZulvPolAuff. „neben der nach den Vorschriften der §§ 306—308, 311—313, 315, 321—324 erkannten Zuchthausstrafe" vgl. §§ 38 N. 3, 45 N. 5.

§. 326.

Ist eine der in den §§. 321 bis 324 bezeichneten Handlungen aus Fahrlässigkeit begangen worden, so ist, wenn durch die Handlung ein Schaden verursacht worden ist, auf Gefängniß bis zu Einem Jahre und, wenn der Tod eines Menschen verursacht worden ist, auf Gefängniß von Einem Monat bis zu drei Jahren zu erkennen.

PrStGB. §§ 301 Abs. 3, 302 Abs. 3, 303 Abs. 2, 304 Abs. 3.
Entw. I §§ 302 Abs. 3, 303 Abs. 3, 304 Abs. 2, 306 Abs. 2, II § 323.

1) Ein aus § 326 strafb. Verg. liegt vor, wenn: a. eine der in den §§ 321—324 bezeichneten Hdlgen aus Fahrlässigkeit begangen, und ferner: b. durch die Hdlg. ein Schaden verursacht worden ist.

Den vorsätzlichen Delikten aus §§ 321—324 treten sonach entsprechend fahrlässige zur Seite (vgl. § 321 N. 1), deren Thatbestand einmal denjenigen der Delikte aus §§ 321 bis 324 mit der Modifikation erfordert, daß die „Haudlung" nicht „vorsätzlich", sondern „aus Fahrlässigkeit" begangen wird (u. N. 2, 3), dann aber noch weiter das Hinzutreten eines lediglich objektiven Umstandes (u. N. 4).

2) Die „Begehung einer der in den §§ 321—324 bezeichneten Hdlgen aus Fahrlässigkeit" bedingt zunächst, daß Jemand eine der Hdlgen, die nach jenen §§. vorsätzlich begangen sein muß, fahrlässig (§ 59 N. 17) verübe. Es ist also erforderlich nach:

§ 321 eine fahrlässige Beschädigung einer Wasserleitung;

§ 322 eine fahrlässige Zerstörung eines zur Sicherung der Schifffahrt aufgestellten Zeichens 2c.; hierher gehört auch die dienstwidrige Unterlassung der Aufstellung eines Schifffahrtszeichens in Folge fahrlässig verschuldeter Trunkenheit; Schwalbach GS. **31** 612 (vgl. § 322 N. 2 b); keineswegs vertritt aber die bloße Vernachlässigung der Dienstpflicht als solche die Stelle der fahrlässigen Hdlg., vielmehr verlangt § 326 unbedingt den Nachweis der „Fahrlässigkeit"; aM. Meves StRZ. **13** 385;

§ 323 eine fahrlässige Bewirkung der Strandung eines Schiffes; eine solche erachtete in concreto nicht für genügend festgestellt **RG**. I 15. Juni 82 R. **4** 569, weil weder die Verursachung der Strandung selbst, noch auch die Voraussehbarkeit derselben erhelle;

§ 324 eine fahrlässige Vergiftung eines zum Gebrauche Anderer dienenden Brunnenbehälters; vgl. Dresden 12. Apr. 78 St. 8 291, das in concreto die Feststllg. einer Fahrlässgkt. „durch den bloßen Hinweis auf das Bewußtsein der Unzulässigkeit und Ordnungswidrigkeit der Ableitung von Färbereiabgängen in den Teich" für unzulänglich erachtete.

3) Zu einer fahrl. Hdlg. der in N. 2 bezeichneten Art muß aber bei den §§ 321, 323 noch hinzukommen „die Herbeiführung einer Gefahr für das Leben oder die Gesundheit Anderer" bzw. „für das Leben eines Anderen"; denn § 326 will die in den §§ 321 ff. behandelten Delikte bestraft wissen „wenn das Merkmal der Vorsätz-

lichkeit ausscheidet und Fahrlässigkeit an dessen Stelle tritt"; folglich muß in den Fällen der §§ 321, 323 auch die näher bezeichnete Gefährdung eingetreten sein; so: **RG.** II 4. Juni 80 E. **2** 85, I 15. Juni 82 R. **4** 569, Belmonte GS. **28** 503; aM. anscheinend Meves StRZ. **13** 385 N. 1.

4) Außer der fahrl. Hdlg. in dem soeben (N. 2, 3) erläuterten S. verlangt § 326 aber auch noch das Hinzutreten eines — wie der Ausdruck „verursachen" hinreichend klarstellt (vgl. Th. I Abschn. 4 N. 3_2) — lediglich objektiven Umstandes; der einfache Thatbestand eines fahrl. Verg. aus den §§ 321 bzw. 323, 326 erfordert somit, da auch die „Gefährdung" lediglich ein hinzutretender objektiver Umstand ist (vgl. §§ 321 N. 8, 323 N. 4; aM. Hälschner **2** 654), im Ganzen das Hinzutreten zweier objektiver Umstände: einer Gefährdung näher bestimmter Art und eines „Schadens". Dieser „Schaden" braucht also nicht „fahrlässiger Weise" verursacht zu sein (vgl. §§ 309 N. 6_2, 316 N. 5); so: v. Liszt S. 520, Rüd.-St. N. 3, Meves StRZ. **13** 385; aM.: Hälschner **2** 656, H. Meyer S. 903.

Unter dem „Schaden" kann der durch die Fahrlässigkeit verursachte rechtswidrige Erfolg nicht verstanden sein — also nicht die Beschädigung der Wasserleitung (§ 321) 2c.; das Gesetz erfordert damit vielmehr neben jenem nothwendigen Erfolge noch einen anderen selbständigen „Schaden" als Kausalitätserfolg der fahrl. Hdlg. (so auch H. Meyer aO.). Dieser „Schade" kann jeglicher Art sein, insbs. ist es nicht nothwendig, daß er betreffe im Falle des § 321 „das Leben oder die Gesundheit Anderer", im Falle des § 322 „die Schifffahrt", im Falle des § 323 „das Leben Anderer", im Falle des § 324 „die menschliche Gesundheit"; so kann der Schaden z. B. bei § 323 auch eine Sache, insbs. das Schiff selbst betreffen. So: **RG.** I 15. Juni 82, 13. Dez. 86, R. **4** 569, **8** 750, II 17. Apr. 83 E. **8** 218, Geyer **2** 118, Hälschner **2** 655, Puchelt N. 1, Belmonte GS. **28** 503. AM.: v. Liszt S. 520, H. Meyer aO., Schaper HH. **3** 902, 904, 906, Oppenh. N. 2, Rüd.-St. N. 1, v. Schwarze N. 1, Meves StRZ. **13** 385, die alle einen solchen „Schaden" für nothwendig erachten, wie er der in den §§ 321—324 erforderten oder vorausgesetzten Gefährdung entspricht.

5) Wegen des i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 straferhöh. Umst. vgl. die hier durchweg zutreffende N. 6 zum § 309.

6) Die Strafe ist Gefängniß (§ 16), und zwar beim einf. Verg. von 1 T.—1 J., beim qualif. von 1 Mt.—3 J.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren. Wegen des Beginnes der Verjährung beim qualif. Verg. vgl. § 67 N. 9.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. §§ 73¹, 27.

§. 327.

Wer die Absperrungs- oder Aufsichts-Maßregeln oder Einfuhrverbote, welche von der zuständigen Behörde zur Verhütung des Einführens oder Verbreitens einer ansteckenden Krankheit angeordnet worden sind, wissentlich verletzt, wird mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft.

Ist in Folge dieser Verletzung ein Mensch von der ansteckenden Krankheit ergriffen worden, so tritt Gefängnißstrafe von drei Monaten bis zu drei Jahren ein.

PrStGB. § 306. Entw. I § 308, II § 324. Aktenst. Nr. 92. StB. S. 742.

Zu §§ 327, 328. N. 1—7.

1) Die §§ 327, 328 sind sog. Blankettstrafgesetze (vgl. § 2 N. 15, insbs. das das. cit. den § 328 btr. **RG.** 14. Juni 87), während die Normen, deren Schutz die dort gegebenen Straffanktionen bilden, diejenigen „Absperrungs- oder Aufsichts-Maßregeln und Einfuhrverbote" (N. 4) sind, welche von „zuständigen Behörden" (N. 2) „zur Verhütung des Einführens oder Verbreitens" (N. 3), sei es „einer ansteckenden Krankheit" (N. 8), sei es „von Viehseuchen" (§ 328 N. 1) „angeordnet" (N. 5) sind.

Mit Strafe bedroht wird jedoch nur die „wissentliche Verletzung" (N. 6, 7) dieser An-

ordnungen. Bei dem Charakter der letzteren ist aber nicht anzunehmen, daß die Materie der Verletzung jener Anordnungen überhaupt in den §§ 327, 328 geregelt sei, vielmehr bezieht die Regelung sich eben nur auf die wissentliche Verletzung, so daß die fahrlässige Verletzung, bis zum Erlasse des G. v. 23 Juni 1880 btr. die Abwehr und Unterdrückung von Viehseuchen, nament. auf Grund der bezüglichen Landesgesetze bestraft werden konnte; RG. II 21. Okt. 79 E. 1 1, Berlin 15. Juli 74 O. 15 505, Schaper HH. 3 909. Mit Rücksicht auf jene theilweise Regelung sind aber insoweit nach EG. § 2 die §§ 45, 26 der PrKabO. v. 8. Aug. 1835 btr. Bestätigung des Regulativs über die sanitätspoliz. Vorschriften vom RG. II 13. Nov. 83 E. 9 366 für aufgehoben erachtet worden; s. übrigens u. N. 53.

2) Geschützt werden durch die §§ 327, 328 Anordnungen „zuständiger Behörden". Welche „Behörde" (§ 114 N. 1) „zuständig" sei, ist nach der bezüglichen Reichs- bzw. Landesgesetzgebung zu beurtheilen; so die GM., auch Berner S. 632, der aber trotzdem „in der Natur der Sache" liegend erachtet, daß nur die höheren Behörden, welche die Landesbedürfnisse zu überblicken vermögen, zuständig seien. Die Natur der Sache kommt neben der positiven Gesetzgebung nicht in Betracht; dementsprechend hat auch RG. II 21. Okt. 79, 17. Feb. 85, IV 30. Jan. 85, E. 1 1, 12 70, 19 (btr. § 328) angenommen, daß keineswegs nur die „Landespolizeibehörden", sondern auch die „Ortspolizeibehörden" zuständig sein könnten, so insbs. in Preußen auf Grund des PrAusführungsG. zum RG. über die Abwehr von Viehseuchen v. 12. März 1881 (bzw. des älteren PrG. v. 25. Juni 1875) zur Anordnung von Schutzmaßregeln gegen Viehseuchen; aM. Berlin 5. Mai 74, 17. Sept. 78, O. 15 273, 19 417.

Hervorzuheben ist, daß das G. v. 7. Apr. 1869 btr. Maßregeln gegen die Rinderpest den Einzelstaaten die Bestimmung darüber freiläßt, welche Behörden zum Erlasse der fraglichen Anordnungen zuständig seien; so RG. II 4. Mai 80 E. 2 151, welches zugleich in Uebereinstimmung mit Berlin 19. Dez. 77 O. 18 799 annimmt, daß in Preußen die Landespolizeibehörden zuständig seien, jedoch in der Weise, daß sie die Mitwirkung der ihnen untergeordneten Organe (insbs. der Landräthe) in Anspruch nehmen dürften, selbst durch Ertheilung der Ermächtignng, solche vorläufigen Sicherheitsmaßregeln anzuordnen, deren definitive Verfügung den Regierungen allein zustehe; so ferner RG. IV 10. Feb. 85 R. 7 96, mit der Ausführung, daß § 3 des PrG. v. 12. März 1881, nach welchem die Regierungspräsidenten zum Erlaß von Einfuhrverboten zuständig seien, bei Einfuhrverboten zur Abwehr der Rinderpest nicht zutreffe.

Nach § 2 des G. v. 23. Juni 1880 btr. die Abwehr u. Unterdrückung von Viehseuchen liegt die Anordnung der Maßregeln „den Landesregierungen u. deren Organen" ob. Darüber, in welchem Umfange Thierärzte nach Maßgabe dieses Gesetzes zum Erlasse vorläufiger polizeil. Verfügungen zuständig sind, vgl. RG. II 17. Feb., III 8. Okt. 85, E. 12 70, 437.

Die Frage übrigens, ob ein Einfuhrverbot zc. von der zuständigen Behörde erlassen worden, ist eine rechtliche und kann auch das Revisionsgericht das Bestehen des Einfuhrverbotes feststellen; RG. IV 20. Dez. 84 R. 6 835.

3 a) Ueber den Begriff einer ansteckenden Krankheit" vgl. RG. III 18. Okt. 90 E. 21 121.

b) Die Anordnungen müssen erlassen sein: „zur Verhütung des Einführens oder Verbreitens" einer ansteckenden Krankheit (§ 327) bzw. von Viehseuchen (§ 328). Es ist nicht erforderlich, daß die btr. Anordnung sich ausdrücklich als zu jenem Zwecke bzw. zur Ausführung des § 327 oder § 328 ergangen ankündige (Berlin 15. Juli 74 O. 15 505), vielmehr genügt es, wenn sie sachlich einem jener Zwecke dient; cit. RG. 18. Okt. 90. Bezeichnet aber die Anordnung sich selbst als zu einem solchen Zwecke erlassen, so ist damit in dieser Beziehung jeder Zweifel ausgeschlossen, da der Zweck einer Anordnung nicht besser als durch die in dieser selbst darüber abgegebenen Erklärung festgestellt werden kann; Berlin 7. Nov. 78 O. 19 514, Oppenh. N. 5. In der Praxis ist

I. einer der bezeichneten Zwecke für vorliegend erachtet bei Anordnungen btr.:

Absperrung eines Hauses, in welchem Pockenkranke aufhaltsam gewesen waren, bis zur Beendigung des Desinfektionsverfahrens; RG. II 13. Nov. 83 E. 9 366;

Verbot der Einfuhr von Schweinen (zur Abwehr d. Rinderpest); RG. IV 10. Feb. 85 R. 7 96;

Verbot der Einfuhr von Schweinen ꝛc. amerikanischen Ursprungs beruhend auf der Kais. V. v. 6. März 83 (jetzt modifizirt durch V. v. 3. Sept. 1891); cit. RG. 18. Okt. 90;

Gebot der thierärztl. Behandlung eines erkrankten Thieres; RG. II 17. Feb. 85 E. 12 70;

die Anbringung von Warnungstafeln an Häusern, in denen Blatterkranke sich befinden; Berlin OAG. 1. Juni 72 St. 1 309;

die Tödtung eines wuthverdächtigen Hundes; Berlin 15. Juli 74 O. 15 505;

den Ort der Tödtung rotzkranker Pferde; Berlin 10. Dez. 75 O. 16 789;

die Beschränkung der Veräußerung rotzkranker Pferde; Berlin 19. Sept. 77 O. 18 574;

II. ein solcher Zweck verneint worden bei Anordnungen, die, selbst wenn sie dahin abzielten, die Verbreitung einer Viehseuche zu verhindern, doch nur in einem mittelbaren Zusammenhange mit diesem Zwecke standen, wie namentl. Instruktionen, welche den mit der Ueberwachung der Maßregeln berufenen Personen (z. B. Viehrevisoren) in Bezug auf ihre Dienstverrichtungen ertheilt worden waren; Dresden 14. Mai 77 St. 7 356.

c) Die Frage, ob im konkreten Falle eine „Ansteckungsgefahr" vorhanden ist, in welchem Umfange sie besteht, ob solcher Gefahr praktisch durch die angeordneten Maßregeln u. Verbote (N. 4) vorgebeugt werden kann, unterliegt der richterlichen Nachprüfung nicht; cit. RG. 18. Okt. 90.

4) Die Anordnungen müssen „Absperrungs- oder Aufsichts-Maßregeln oder Einfuhrverbote" sein, während Anordnungen anderer Art, auch wenn sie den N. 3 bezeichneten Zweck verfolgen, dennoch nicht durch die §§ 327, 328 geschützt sind; v. Liszt S. 521. Vgl. RG. IV 24. Jan. 88 E. 17 72 über den Begriff der Absperrungs- u. Aufsichtsmaßregeln sowie I 15. Juni 91 E. 22 45 über das Verhältniß von Ausführungsbestimmungen zu den Maßregeln bzw. Verboten selbst. In der Praxis ist z. B.

I. erachtet worden:

a. für eine Absperrungsmaßregel die Sperre eines Ortes für den Verkehr mit Schafen; RG. II 21. Okt. 79 E. 1 1;

b. für eine Aufsichtsmaßregel: das Verbot des Amtsvorstehers einer Grenzstation, aus dem Ausl. eingebrachte rotzverdächtige Pferde vor erfolgter thierärztl. Untersuchung weiter zu transportiren; RG. II 2. Dez. 90 G. 39 53; die Verpflichtung des Eigenthümers zur Tödtung eines wuthverdächtigen Hundes; alle Anordnungen, welche sich auf die Feststellung und Sicherung des Gesundheitszustandes durch Seuche gefährdeter Thiere und auf die Unterdrückung dieser Seuche beziehen; Berlin 15. Juli 74, 17. Sept. 78, O. 15 505, 19 417 (zu denselben gehört auch die Verpflichtung von Viehbesitzern zur sofortigen Anzeige jeder Veränderung in ihrem Viehstande; vgl. RG. II 24. Feb. 80 R. 1 383);

II. dagegen verneint worden das Vorliegen eines Einfuhrverbotes für den Fall, daß die Einfuhr nur gewissen Beschränkungen unterworfen ist (worin jedoch eine Absperrungs- oder Aufsichts-Maßregel gefunden werden kann); Berlin 19. Dez. 77 St. 7 376.

5) Was die „Anordnungen" (vgl. Register) selbst betrifft, so können sie zunächst materiell sowohl für alle Personen eines Landes oder Bezirkes als auch nur für bestimmte Personen wirksam sein; sie können ferner unbedingt oder nur für gewisse Eventualitäten erlassen sein; so die GM., insbs. Berlin OAG. 8. Nov. 71, 1. Juni 72, St. 1 104, 309, OTr. 15. Juli 74 O. 15 505.

Streitig ist aber, ob die Anordnungen außerordentliche, zur Verhütung des Einführens ꝛc. einer in einem konkreten Falle ausgebrochenen Viehseuche ꝛc. ergangene und folglich temporäre sein müssen, oder ob sie auch allgemein und bleibend für die Zukunft erlassen sein können. Dieser letzteren Ansicht steht zunächst der Ausdruck „Anordnung" nicht entgegen; denn derselbe bezeichnet im StGB. keineswegs ausschließlich Akte, die nicht auf eine delegirte Gesetzgebungsgewalt zurückzuführen sind, sondern umfaßt i. w. S. auch die Akte der Gesetzgebungsgewalt mit (vgl. § 131 N. 9b im Gegensatz zu den §§ 110 N. 18, 113 N. 6b). Ein innerer Grund, die Wendung „anordnen" in den §§ 327, 328 i. e. S. zu verstehen, liegt nicht vor; der Ausfüllung des dort gegebenen „Blanketts" (s. o. N. 1) durch Gesetze und Verordnungen steht nichts entgegen (vgl. auch § 145); dazu kommt, daß jene §§. ganz allgemein von „zuständigen Behörden" sprechen, keineswegs nur von „Verwaltungs-

behörden". So: Berlin OAG. 1. Juni 72, OTr. 11. Nov. 74, St. 1 309, 5 165, Geyer 2 118, H. Meyer S. 923 N. 131, F. Meyer N. 2, Oppenh. N. 4, Rüd.-St. N. 3, v. Schwarze N. 1. AM.: v. Liszt S. 521 f. Schaper HH. 3 908, v. Kirchmann N. 1, Rubo N. 2. Vgl. auch Hälschner 2 675, der im übrigen der oben vertretenen Ansicht beistimmt, jedoch „gesetzl. Bestimmungen" ausschließen will; so auch wohl RG. IV 14. Jan. 88 E. 17 72, es setze § 328 eine auf Grund der bestehenden Gesetze erlassene behördliche Anordnung voraus.

Daß den in den §§ 327 f. enthaltenen Strafsanktionen gegenüber Strafandrohungen, welche in den Anordnungen zur Verhütung der Verbreitung konkreter Seuchen ꝛc. sich vorfinden, gemäß RV. Art. 2 keine Geltung haben, während dadurch die Anordnungen selbst nicht unwirksam werden, ist allgemein anerkannt; vgl. z. B. Berlin OAG. 10. Jan., OTr. 15. Juli 74, St. 3 381, O. 15 505. Allein auch die Strafandrohungen, welche in älteren oder neueren Landesstrafgesetzen (namentl. Polizei-Straf-Verordnungen) enthalten sind, haben nach EG. § 2₁ bzw. nach RV. Art. 2 gegenüber den §§ 327 f. keine Geltung (s. o. N. 1₂ aE.); aM. freilich selbst die PrPraxis, so namentl. das oben cit. Berlin 11. Nov. 74 sowie Oppenh. N. 2.

Wegen Form und Verkündigungsart der „Anordnungen" gelten die betreffenden Reichs- bzw. Landesgesetze; Berlin OTr. 23. Apr. 73, 13. Juli 74, OAG. 14. Juni 73, O. 14 302, St. 4 202, 2 361. Die Frage, ob die behördlichen Anordnungen in Ausführung des G. v. 23. Juni 1880 btr. die Abwehr ꝛc. von Viehseuchen als „Polizeiverordnungen" i. S. der Preuß. Gesetzgebung anzusehen und den Vorschriften über diese unterworfen seien, verneint RG. IV 3. Nov. 91 E. 22 190.

6) Die Verletzung der in N. 4 bezeichneten „Absperrungs- o. Aufsichts-Maßregeln oder Einfuhrverbote" stellt, je nach der Natur der „Maßregeln", als Kommissiv- oder als Omissivdelikt sich dar (§ 1 N. 3). Soweit die „Maßregeln" Verbote sind, ist ihre Verletzung, wie diejenige der „Einfuhrverbote", ein Kommissivdelikt, soweit die „Maßregeln" aber in Geboten bestehen — wie z. B. in der dem Eigenthümer auferlegten Verpflichtung zur Tödtung wuthverdächtiger Hunde (Berlin 15. Juli 74 O. 15 505) — ein Omissivdelikt.

7) Die wissentliche, d. h. vorsätzliche (Binding Normen 2 603), Verletzung wird mit Strafe bedroht; gegen die Regel (vgl. Th. I Abschn. 4 N. 4₂) ist deshalb auch das Omissivdelikt nicht unbedingt, sondern nur unter der Voraussetzung des Vorsatzes aus den §§ 327, 328 strafbar (s. jedoch o. N. 1₂).

Den Vorsatz erachtet die GM. mit Recht nur dann für vorliegend, wenn der Thäter nicht nur Kenntniß von der Anordnung der Maßregel oder des Verbots, sondern zugleich auch das Bewußtsein hatte, daß er gegen die Anordnung verstoße, weshalb ein dieses Bewußtsein ausschließender Irrthum auch den Vorsatz ausschließt; so insbs.: RG. II 21. Okt. 79, I 13. Apr. 82, E. 1 1, 6 159, Berlin 15. Juli 74, 29. Nov. 77, O. 15 505, St. 8 293.

Was speziell die Kenntniß von der Anordnung betrifft, so umfaßt dieselbe auch das Wissen vom Zwecke derselben (RG. IV 5. Jan. 92 E. 22 296 btr. § 328), sowie von der Zuständigkeit der Behörde (vgl. Berlin 13. Juli 74 St. 4 202), wobei jedoch dolus eventualis genügt. Uebrigens kann die Kenntniß selbst dann, wenn die Anordnung gehörig publizirt war, nicht „unbedingt angenommen" oder „vermuthet" werden, vielmehr ist auch trotz erfolgter ordnungsmäßiger Bekanntmachung dennoch der Nachweis der Kenntniß zu führen; so die GM., insbs.: RG. II 9. Dez. 79 R. 1 132, Berlin OTr. 12. Juli, OAG. 24. Mai 71, 14. Juni 73, Dresden 8. Apr. 78, O. 12 395, 290, St. 2 361, 8 294; aM. v. Kirchmann N. 1.

Die vorsätzliche Verletzung erfordert auch das generelle Merkmal des Dolus, das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit; wer eine Absperrungsmaßregel unter der Annahme eines Rechtsgrundes verletzt — z. B. der Postillon, welcher die ihm durch seine Instruktion vorgeschriebene Poststraße glaubt innehalten zu müssen, trotzdem deren absolute Sperre wegen Ausbruchs der Rinderpest verfügt war — handelt nicht mit dem erforderlichen Dolus; so Binding Normen 2 N. 725; aM. Berlin 23. März 71 O. 12 174.

Zu § 327. N. 8—11.

8) Unter den „ansteckenden Krankheiten", auf welche speziell § 327 sich bezieht, sind lediglich Krankheiten der Menschen zu verstehen, wie namentl. aus der Höhe der Straf-

androhung im § 327 gegenüber derjenigen im § 328 sowie aus dem im Abs. 2 eines jeden dieser §§. aufgestellten straferhöh. Umst. erhellt. So die GM., insbs. Berlin 17. Sept. 78 O. **19** 417; aM. nur Rubo N. 1, der alle ansteckenden Krankheiten, auch solche der Thiere und Pflanzen, mit Ausnahme der im § 328 gedachten „Viehseuchen", darunter versteht. Hiernach kommen für den § 327 zwar ansteckende Krankheiten in Betracht, die Menschen und Thieren gemeinschaftlich sind (Berner S. 631, Oppenh. N. 6), nicht aber „Viehseuchen", auch wenn sie für Menschen ansteckend und gefährlich sind; so: Berlin 17. Sept. 78 O. **19** 417, Hälschner **2** 676, Rüd.-St. N. 6; aM.: Berner aO., Schaper HH. **3** 908, die z. B. den als schwarze Blattern auf Menschen sich übertragenden Milzbrand nennen; vgl. auch **RG**. II 25. Jan. 87 R. **9** 92, welches die Anwendbarkeit des § 327 (anscheinend in Idealkonk. mit § 328) bei Nichtbefolgung einer auf Tödtung eines der Tollwuth verdächtigen Hundes gehenden Anordnung bejahte, obgleich das G. v. 23. Juni 1880 „die Tollwuth der Hausthiere" als „Viehseuche" bezeichne, u. zwar auf Grund der Feststllg., daß durch das Verhalten des Angekl. auch ein Menschenleben gefährdet worden u. die in den §§ 34—39 des cit. G. angeordneten Maßregeln auch den Schutz der Menschen gegen die Tollwuth der Hausthiere bezweckten (vgl. § 65_4 das.).

Darauf, ob eine Krankheit wirklich „ansteckend" sei (so jedoch Schaper aO.), kann es nicht ankommen, weil lediglich die Ansicht der zuständigen Behörde entscheidet; dem Zwecke, welchen diese bei Erlaß der Maßregeln 2c. verfolgt, läßt das Gesetz seinen Schutz angedeihen; folglich muß deren subjektive Auffassung über die Eigenschaft einer Krankheit als „ansteckende" maßgebend sein.

9) Der Absatz 2 betrifft einen i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 straferhöh. Umst. Die gebrauchte Wendung „Ist in Folge 2c." ist gleichbedeutend mit „Ist durch diese Verletzung . . verursacht worden", ähnlich der im § 224 (das. N. 11_2) gebrauchten „zur Folge haben". So: Hälschner 2 676, Oppenh. N. 9, Puchelt N. 3, auch Schaper HH. **3** 907, der jene abweichende, aus dem PrStGB. herübergenommene Ausdrucksweise dadurch erklärt, daß die Verletzung nicht in unmittelbarer Wirkung zu Erkrankungen führen könne. AM. Rubo N. 5, ein Kausalzusammenhang sei nicht erforderlich, vielmehr genüge es, wenn die Verletzung in irgend einer Weise zu der Ansteckung beigetragen habe oder Veranlassung gewesen sei.

10) Bei einer Idealkonk. (§ 73) mit dem Verg. aus VZG. § 134 ist nach § 158 das. neben der aus § 327 (§ 328) abzumessenden Gefängnißstrafe ausnahmsweise auf „Einziehung" zu erkennen; so die GM.; insbs. **RG**. II 2. Nov. 88 St. **10** 619 (btr. § 328); aM. Hälschner 2 677 N. 1, insofern er Idealkonk. verneint u. nur ein Delikt als vorliegend ansieht, das nach den sich ergänzenden Strafbestimmungen jener beiden §§. zu strafen sei. Dagegen ist nicht auf die im § 134 cit. angedrohte Geldstr. wegen Kontrebande zu erkennen, weil § 158 cit. insoweit unmöglich die ganz deutliche Vorschrift des § 134 wieder aufheben kann; **RG**. IV 1. Nov. 84 R. **6** 679 (btr. § 328); wohl aber auf die nach § 135 das. wegen Defraude verwirkte Geldstr. (neben Konfiskation), weil betreffs dieser eine gleiche Einschränkung nicht besteht, so daß die Geldstr. auch dann zur Anwendung kommt, wenn durch die Defraudationshdlg. zugleich ein anderes Strafgesetz verletzt ist, welches eine schwerere Strafe androht; **RG**. IV 24. Nov. 85 E. **13** 69.

Wegen des Verhältnisses zum VZG. § 146 vgl. das cit. **RG**. 2. Nov. 88.

11) Die Strafe ist Gefängniß (§ 16), u. zwar des einf. Verg. von 1 T.—2 J., des qualif. von 3 Mt.—3 J.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren; wegen des Beginnes der Verjährung des qualif. Verg. vgl. § 67 N. 9.

Zuständig ist: im Falle des Abs. 1 **Strafk.** bzw. **SchöffenG.**; GVG. §§ 73[1], 75[13]
im Falle des Abs. 2 **Strafk.**; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 328.

Wer die Absperrungs- oder Aufsichts-Maßregeln oder Einfuhrverbote, welche von der zuständigen Behörde zur Verhütung des Einführens oder Ver-

breitens von Viehseuchen angeordnet worden sind, wissentlich verletzt, wird mit Gefängniß bis zu Einem Jahre bestraft.

Ist in Folge dieser Verletzung Vieh von der Seuche ergriffen worden, so tritt Gefängnißstrafe von Einem Monat bis zu zwei Jahren ein.

PrStGB. § 307. Entw. I § 309, II § 325. StB. S. 742.

1) Unter „Viehseuchen", auf welche speziell § 328 (vgl. im allg. § 327 N. 1—7) sich bezieht, sind lediglich die ansteckenden Krankheiten der Thiere zu verstehen; es brauchen dieselben nicht einen epidemischen Charakter zu haben; so die GM., insbs. Berlin 11. Nov. 74 St. **5** 165; aM. Rubo § 327 N. 1. Meist versteht man den Ausdruck ausschließlich von Seuchen der Hausthiere; allein eine solche Beschränkung, die z. B. das G. v. 23. Juni 1880 btr. die Abwehr 2c. von Viehseuchen im § 1 (vgl. auch § 10) ausdrücklich vorsieht, enthält § 328 nicht. Demgemäß ist in der Praxis für eine „Viehseuche" erachtet worden:

a. die Rinderpest; **RG.** II 9. Dez. 79, 24. Feb., 4. Mai 80, **R. 1** 132, 383, **E. 2** 151;

b. die Tollwuth gewisser Hausthiere, insbs. der Hunde; **RG.** IV 30. Jan. 85 **E. 12** 19, Berlin 15. Juli 74 O. **15** 505;

c. der Rotz der Pferde; **RG.** IV 14. Jan. 90 E. **20** 177, II 2. Dez. 90 **G. 39** 53, cit. Berlin 11. Nov. 74;

d. die Maul- und Klauenseuche der Schweine; **RG.** I 13. Apr. 82 **E. 6** 159;

e. die Pockenseuche der Schafe; **RG.** II 21. Okt. 79 **E. 1** 1.

2) Zu vergleichen sind: wegen des straferhöh. Umst. im Abs. 2 N. 9, wegen Idealkonk. mit § 134 VZG. N. 10 zum § 327. Uebrigens wird § 328 durch die spezielleren Bestimmungen des G. gg. die Rinderpest v. 21. Mai 1878 §§ 1 f. ausgeschlossen; **RG.** I 2. Juli 83, III 30. Juni 84, **E. 9** 190, **11** 65, I 17. Sept. 83, IV 27. Jan. 85, **R. 5** 534, **7** 57.

3) Die Strafe ist Gefängniß (§ 16), und zwar des einf. Verg. von 1 T.—1 J., des qualif. von 1 Mt.—2 J.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren; wegen des Beginnes der Verjährung des qualif. Verg. vgl. § 67 N. 9.

Zuständig ist: im Falle des Abs. 1 **Strafk.** bzw. **SchöffenG.**; GVG. §§ 73[1], 75[12];
im Falle des Abs. 2 **Strafk.**; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 329.

Wer die mit einer Behörde geschlossenen Lieferungsverträge über Bedürfnisse des Heeres oder der Marine zur Zeit eines Krieges, oder über Lebensmittel zur Abwendung oder Beseitigung eines Nothstandes vorsätzlich entweder nicht zur bestimmten Zeit oder nicht in der vorbedungenen Weise erfüllt, wird mit Gefängniß nicht unter sechs Monaten bestraft; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Liegt der Nichterfüllung des Vertrages Fahrlässigkeit zum Grunde, so ist, wenn durch die Handlung ein Schaden verursacht worden ist, auf Gefängniß bis zu zwei Jahren zu erkennen.

Dieselben Strafen finden auch gegen die Unterlieferanten, Vermittler und Bevollmächtigten des Lieferanten Anwendung, welche mit Kenntniß des Zweckes der Lieferung die Nichterfüllung derselben vorsätzlich oder aus Fahrlässigkeit verursachen.

PrStGB. § 308. Entw. I § 310, II § 326. Aktenst. Nr. 92.

1) Im § 329 wird, wie im § 298 (das. N. 2), ein Fall des Vertragsbruches unter Strafe gestellt. Das gesetzgeberische Motiv für eine solche als Ausnahme sich darstellende Strafandrohung bildet im Falle des § 329 die, in der voraussichtlichen Steigerung bestehender Nothstände (Schaper HH. 3 906) liegende, abstrakte Gemeingefährlichkeit, welche

die Verletzung eines der hier in Frage stehenden Verträge mit sich bringt; v. Liszt S. 524, v. Prittwitz, Rotering, G. 30 169, 31 275, Siebenhaar ZfStRW. 4 280; dagegen zählt Laß, Vertragsbruch d. Armeelieferanten (Marburg 1888) S. 10, 12, das Delikt aus § 329 zu den gemeingefährl. nur, soweit es um den Bruch von Lieferungsverträgen zur Abwendung eines Nothstandes sich handele, während das Delikt im übrigen als solches „gegen die Kriegsmacht des Staates" aufzufassen sei, also zwar auch als Gefährdungsdelikt, aber nicht als gemeingefährliches. Vgl. auch Hälschner 2 681, nach welchem im letzteren Fall zwar nur abstrakte, in jenem aber konkrete Gemeingefahr erfordert sein soll.

2) Vorausgesetzt wird der Abschluß gewisser Lieferungsverträge mit einer „Behörde".

a) Sind hiernach vor Allem „Verträge" erforderlich, so kommen zwangsweise ausgeschriebene Lieferungen nicht in Betracht; Geyer 2 120, Schaper HH. 3 909, Puchelt N. 1, v. Schwarze N. 2, Laß aO. S. 32, Löber Strafb. Nichterfüllung v. Lieferungsverträgen (Diss. Göttingen 1889) S. 19. Die Verträge müssen „Lieferungen" zum Gegenstande haben; daß dieser Ausdruck i. e. S. des HGB. Art. 271² zu verstehen sei, ist nicht anzunehmen; es sprechen dagegen nicht nur legislatorische Gründe (vgl. Laß aO. S. 33), sondern namentl. auch der Umstand, daß der abgeschlossene Vertrag, dessen Bruch für strafbar erklärt wird, nach dem jeweilig maßgebenden Civilrechte zu beurtheilen ist; Löber aO. S. 20.

b) Die Lieferungsverträge müssen mit einer „Behörde" (§ 114 N. 1) abgeschlossen sein, keineswegs übrigens nothwendig mit einer staatlichen Behörde (aM. Rüd.-St. N. 1); auch ist es nicht erforderlich, daß der Thäter direkt mit der Behörde kontrahirt habe, denn nach Abs. 3 sind auch die Unterlieferanten, welche mit der Behörde nichts zu thun gehabt haben, strafbar; so in beiden Beziehungen Laß aO. S. 35 u. Löber aO. S. 21.

3) Als Gegenstände der Lieferung werden nur genannt:

a) „Bedürfnisse des Heeres oder der Marine zur Zeit eines Krieges". Mit Recht sieht die GM. es nicht für nothwendig an, daß der Vertrag selbst in Kriegszeiten abgeschlossen sei. Aber auch das ist noch zu weitgehend, wenn die GM. das Erforderniß aufstellt, daß die Lieferung während der Zeit eines Krieges fällig sein müsse; vielmehr genügt es, daß der Gegenstand der Lieferung ein Bedürfniß des Heeres im Kriege befriedigen sollte; so: Berner S. 632, Geyer 2 120, v. Liszt S. 524, H. Meyer S. 925, Rubo N. 2, Laß aO. S. 39, Löber aO. S. 25.

b) „Lebensmittel zur Abwendung oder Beseitigung eines Nothstandes", d. h. hier (vgl. § 302a N. 10a) einer Nothlage, welche zur Rettung der in dieselbe gerathenen Bevölkerung deren Unterstützung durch Lebensmittel erfordert. Außer „Hungersnoth", die Hälschner 2 682, H. Meyer S. 925 N. 143, Schaper HH. 3 909, Oppenh. N. 2 u. Rüd.-St. N. 2 verlangen, können noch Nothlagen durch Epidemieen in Betracht kommen, insofern deren Bekämpfung besondere Lebensmittel erfordert; Geyer 2 120; vgl. Löber aO. S. 27 f.

4) Nach dem Sprachgebrauche des § 329 liegt „Nichterfüllung des Vertrages" (Abs. 2) vor, wenn „entweder nicht zur bestimmten Zeit oder nicht in der vorbedungenen Weise" erfüllt ist; so Dochow HRl. „Vertragsverletzg.", während Andere noch neben diese beiden Arten die völlige Nichterfüllung stellen, was unnöthig, da letztere formal schon unter die „Nichterfüllung zur bestimmten Zeit" fällt; Laß aO. S. 30, Löber aO. S. 29.

Wird „vertragswidrig" mangelhafte Waare geliefert, so ist nicht „in vorbedungener Weise" erfüllt; so: H. Meyer S. 925, Schaper HH. 3 910, Oppenh. N. 4, Puchelt N. 4, Rüd.-St. N. 3; wenn v. Schwarze N. 3 meint, es könnten minder wesentliche Mängel in der Lieferung nicht hierher gerechnet werden, so ist diese generelle Verneinung unrichtig, vielmehr ist darüber nach den Grundsätzen des maßgebenden Civilrechts zu entscheiden; Laß aO. S. 31 f., Löber aO. S. 31. Uebrigens kann die Geringfügigkeit des Mangels auch für die Frage der subjektiven Verschuldung (N. 5, 6) ins Gewicht fallen.

5) Die „vorsätzliche" Nichterfüllung (Abs. 1, 3) bedingt auch die Kenntniß von dem Zwecke, zu welchem der Vertrag abgeschlossen ist; so die GM. Was so bezüglich des „Lieferanten" selbst (Abs. 1) aus dem Begriff des „Vorsatzes" folgt, ist bezüglich der „Unterlieferanten, Vermittler u. Bevollmächtigten des Lieferanten" im Abs. 3 ausdrücklich hervorgehoben.

6) Auch der Thatbestand des „fahrlässigen" Vertragsbruches (Abs. 2, 3) erfordert die Kenntniß des Zwecks der Lieferung. Hierfür spricht nicht nur der Fall des Abs. 3, wo diese Kenntniß ausdrücklich verlangt wird, sondern auch der Wortlaut des Abs. 2, welcher offenbar den Thatbestand des Abs. 1 mit dem einzigen Unterschiede voraussetzt, daß der „Nichterfüllung" nicht Vorsatz, sondern Fahrlässigkeit zu Grunde liegt. Sonach ist, wenn dem Kontraktbrüchigen die Kenntniß von dem Zwecke der Lieferung, sei es auch aus „Fahrlässigkeit", fehlte, dennoch der Thatbestand eines fahrlässigen Verg. aus § 329 nicht gegeben; so: Geyer 2 120, Hälschner 2 682, v. Liszt S. 524, Laß aO. S. 47; aM. v. Prittwitz G. 30 169, der einerseits jene Kenntniß nur bei den im Abs. 3 bezeichneten Personen verlangt, andererseits aber bei diesen eine auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntniß zur Bestrafung für ausreichend hält; eine Mittelmeinung vertritt Löber aO. S. 36 ff.

Nach obiger Auffassung verhält sich das fahrlässige Delikt aus Abs. 2, 3 des § 329 zu dem vorsätzlichen aus Abs. 1, 3 daselbst ganz gleichartig wie die fahrlässigen Delikte aus § 326 zu den vorsätzlichen aus §§ 321—324 (vgl. § 326 N. 2, 3), eine Gleichartigkeit, die noch dadurch erhöht wird, daß Abs. 2 des § 329, wie § 326 (das. N. 4), ferner erfordert, daß „durch die Handlung ein Schaden verursacht worden" sei. Uebrigens wird dieses Erforderniß zweifellos auch bei dem Fahrlässigkeitsdel. aus Abs. 3 stillschweigend vorausgesetzt; so auch: Berner S. 633, Dochow HRl. „Vertragsverletzg.", H. Meyer S. 925, Laß aO. S. 53.

Hinsichtlich des „Schadens" selbst gilt das in N. 4_2 zum § 326 Ausgeführte entsprechend. Der unmittelbare Erfolg des Ausbleibens der Lieferungen ist nicht darunter zu verstehen. Andererseits aber ist er nicht darauf zu beschränken, daß Bedürfnisse des Heeres unbefriedigt bleiben oder daß der Nothstand nicht abgewendet bzw. nicht beseitigt wird; so wird beispielsweise auch ein pekuniärer Schaden hinreichen, den die Militärverwaltung durch Abschluß anderweitiger Lieferungsverträge erleidet; so: H. Meyer S. 925, Rüd.-St. N. 4; aM.: Geyer 2 120, v. Liszt S. 524, Laß aO. S. 52, Löber aO. S. 45.

7) Die Hauptstrafe des vorsätzl. Verg. ist Gefängniß von 6 Mt.—5 J. (§ 16), neben welchem nach dem Schlußsatz des Abs. 1 i. V. mit § 32 VdbEN. erkannt werden kann.

Die Strafe des fahrl. Verg. ist Gefängniß von 1 T.—2 J.

Wegen „Dieselben Strafen finden Anwendung" im Abs. 3 vgl. § 49a N. 21_2.

8) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren. Wegen des Beginnes der Verjährung des fahrl. Verg. vgl. § 67 N. 9.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 330.

Wer bei der Leitung oder Ausführung eines Baues wider die allgemein anerkannten Regeln der Baukunst dergestalt handelt, daß hieraus für Andere Gefahr entsteht, wird mit Geldstrafe bis zu neunhundert Mark oder mit Gefängniß bis zu Einem Jahre bestraft.

PrStGB. § 202. Entw. I § 204, II § 327.

1) Der Thatbestand des § 330 erfordert zunächst eine Verletzung, nämlich ein Zuwiderhandeln wider die allgemein anerkannten Regeln der Baukunst bei der Leitung oder Ausführung eines Baues (N. 2—4). Gegenstand der Verletzung ist sonach das Gebot, daß der einen Bau Leitende oder Ausführende die allgemein anerkannten Regeln der Baukunst beachte. Das im § 330 behandelte Delikt ist folglich ein echtes Unterlassungsdelikt, welches jedoch häufig durch eine positive die Leitung oder Ausführung eines Baues betreffende Maßregel, also durch eine Hdlg., begangen wird (§ 1 N. 3b); vgl. RG. III 4. Jan. 83 R. 5 8, welches Zuwiderhdlgen gegen § 330 durch „fahrlässiges Handeln" oder durch „fahrlässige Unterlassungen" neben einander stellt.

Aus dieser Natur des Deliktes erklärt es sich auch, daß die Zuwiderhandlung an sich, ohne Rücksicht auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit, unter Strafe gestellt ist; beide Schuldarten werden durch das Gesetz getroffen (vgl. Th. I Abschn. 4 N. 4_2); so die GM., insbs. RG. 4. Jan. 83 (s. o.), II 28. Nov. 90 G. 38 444. Ist auch die Anwendbarkeit des § 59 (das.

N. 12) prinzipiell nicht auszuschließen (Geyer **2** 121, Rubo N. 4), so kann doch die Nichtkenntniß der allg. anerkannten Regeln der Baukunst Schuldlosigkeit nicht begründen, da sie bei dem Leiter bzw. Ausführer eines Baues stets „durch Fahrlässigkeit verschuldet" sein würde; Rüd.-St. N. 6, v. Prittwitz G. **30** 169.

2) Ein „Bau" ist die Errichtung eines Bauwerkes, jedoch nicht, wie Oppenh. N. 1 annimmt, in dem allg. S. des § 305 (das. N. 2), sondern in dem eigentlichen S. als einer mit dem Grund und Boden im Zusammenhange stehenden Herrichtung; so in letzterer Beziehung **RG.** IV 4. Nov. 90 E. **21** 142, das im übrigen in Anlehnung an den gewöhnlichen Sprachgebrauch unter „Bau" das Ergebniß des „Bauens" als derjenigen Thätigkeit versteht, durch welche ein mit dem Grund u. Boden mehr o. weniger vereinigtes, als ein selbständiges Ganzes sich darstellendes Werk, insbs. ein Gebäude, hergestellt werde, während i. w. S. das Wort auch für eine Verbesserung o. Aenderung eines bereits bestehenden Werkes gebraucht werde, jedoch immer mit der Maßgabe, daß das Bestehen des Werkes das Resultat der Ausführung des Baus sei. Aus diesem letzteren Gesichtspunkte wurde das als selbständige Thätigkeit sich darstellende Einreißen eines Gebäudes als ein „Bau" i. S. des § 330 nicht erachtet (aM. OMA.). Gleichgültig ist es, ob es um einen „Hochbau" oder um einen anderen Bau sich handelt, weshalb auch die vorbereiteten Erdarbeiten (z. B. bei Anlegung eines Kellers oder Ausschachtung einer Baugrube) hierher gehören; so: **RG.** III 12. März 88 R. **10** 242 (auch das Baugerüst hierhin rechnend), Stuttgart 29. Sept. 75, Berlin 7. März 77, St. **6** 44, **7** 188, Hälschner **2** 679, Oppenh. N. 1, Rüd.-St. N. 3.

Was Reparaturen eines Bauwerks anbetrifft, so können auch diese einen „Reparaturbau", also immerhin einen „Bau", darstellen; cit. **RG.** 4. Nov. 90, Dochow HRl. „Gemeingef.V.", Hälschner **2** 679 N. 2, Schaper HH. **3** 911 N. 1, Rüd.-St. N. 3, v. Schwarze N. 3. Deshalb erscheint die Ansicht von Oppenh. N. 1, daß eine bloße Ausbesserung, bei welcher nichts Neues errichtet wurde, kein Bau sei, jedenfalls bedenklich, wenn auch andererseits nicht jede Reparatur, die an einem Bauwerk vorgenommen wird, selbst ein „Bau" ist; es wird vielmehr die Entscheidung nach der konkreten Sachlage an der Hand des Sprachgebrauches getroffen werden müssen.

3) Subjekt des Verg. kann, bei der in dieser Beziehung bestehenden unbeschränkten Gewerbefreiheit, ein Jeder sein, der „bei der Leitung oder Ausführung eines Baues" betheiligt ist, also namentl. auch Jemand, der nicht vermöge seines Amtes, Berufes oder Gewerbes verpflichtet ist, die „allgemein anerkannten Regeln der Baukunst" zu kennen.

Die „Leitung eines Baues" geschieht durch denjenigen, nach dessen Anordnungen die Errichtung eines Baues als Ganzes zu geschehen hat, mag er auch bestimmte Arbeiten, wie z. B. die Maurerarbeiten, in Akkord gegeben haben, während derjenige, der nur einzelne für den Bau als Ganzes nebensächliche Arbeiten anordnet, nicht „Leiter" desselben ist; **RG.** III 13. Nov. 90, 12. Nov. 91, G. **38** 439, **39** 323. Zur „Leitung" eines Baues gehört namentl. auch die Ueberwachung der angestellten Arbeiter; Blum N. 3, v. Kirchmann N. 1, F. Meyer N. 2, Oppenh. N. 3.

Die „Ausführung eines Baues" erfolgt durch die an dem Bauen unmittelbar betheiligten Personen, die also die nothwendigen Arbeiten entweder selbst vornehmen oder durch ihre Bediensteten vornehmen lassen (cit. **RG.** 12. Nov. 91, Rubo N. 2), insonderheit durch die Bauhandwerker (Berner S. 633, Blum N. 3) und Bauarbeiter (Oppenh. N. 4). Zur Ausführung eines Baues gehört namentl. auch die Errichtung der Schutzmaßregeln für das Publikum, der Absteifungen (s. u. N. 5_a) sowie der Baugerüste; Schaper HH. **3** 911 N. 1, Blum N. 4, v. Kirchmann N. 1, Oppenh. N. 1, v. Schwarze N. 3.

4) Die „Regeln der Baukunst", welche § 330 im Auge hat, müssen „allgemein", d. h. im Kreise der die Baukunst bzw. deren Zweige Betreibenden, nicht nothwendig auch im Laienkreise, „anerkannte" sein, weshalb es nicht genügt, daß sie nach wissenschaftl. Erkenntniß als richtig u. unanfechtbar sich darstellen; **RG.** IV. 26. Juni 91 G. **39** 208; ähnlich Rubo N. 3. Im übrigen ist die Frage, ob solche Regeln verletzt seien, eine thatsächliche; Berlin 19. Sept. 76 G. **24** 605.

5) Der Thatbestand des § 330 erfordert ferner eine Gefährdung, indem nämlich

die in N. 1—4 charakterisirte Verletzung „dergestalt" sein muß, daß „hieraus für Andere Gefahr entsteht".

Unter der Gefahr „für Andere" ist, wie im § 321 (vgl. das. N. 7), eine solche „für das Leben oder die Gesundheit Anderer" zu verstehen. Für den entsprechenden § 207 des PrStGB., der in dem Titel „Körperverletzung" seine Stellung hatte, konnte dieses einem Zweifel nicht unterliegen; die Aenderung aber der systematischen Stellung im RStGB. wurde, nach den Motiven zum Entw. II § 228, mit Rücksicht darauf vorgenommen, daß „Fahrlässigkeiten dieser Art, die Gesundheit und Leben Anderer leicht der erheblichsten Gefahr aussetzten, nicht bestimmte Personen treffen, sondern eine gemeine Gefahr mit sich führen". So die GM., insbs. **RG.** III 11. Feb. 82 E. **6** 129. AM. Blum N. 6. Das fragliche Erforderniß liegt übrigens namentl. auch dann vor, wenn die Bauarbeiter selbst gefährdet wurden; so die GM.

Nothwendig ist, daß das, was geschehen ist, die Gefährdung mit sich bringe, nicht erst das, was noch geschehen könnte; es genügt also z. B. nicht, wenn der beabsichtigte, jedoch polizeilich inhibirte Weiterbau gefährdet haben würde; so: **RG.** II 22. Nov. 81 E. **5** 254, Geyer **2** 121, Hälschner **2** 681, v. Liszt S. 525, Siebenhaar ZfStRW. **4** 288 (die Gefahr müsse in der Gegenwart wirklich vorhanden sein); aM. Oppenh. N. 6, die Gefahr brauche nicht unmittelbar bevorzustehen, sie könne auch durch künftige, aber naheliegende Eventualitäten bedingt sein. Im übrigen ist aber das Kausalitätsverhältniß zwischen der Zuwiderhandlung und der Gefährdung für vorliegend zu erachten, sobald bei ordnungsmäßiger Verwendung des hergestellten Bauwerks infolge der begangenen Fehler Leben oder Gesundheit Anderer bedroht erscheint, ohne Unterschied, ob die Verwendung des Gebäudes schon ins Leben getreten und ob folglich bestimmte Personen als Gefährdete bereits individuell bezeichnet werden können, oder ob z. B. die künftigen Bewohner des Hauses als gefährdet angesehen werden müssen; **RG.** III 11. Feb. 82 E. **6** 129, II 28. Nov. 90 G. **38** 444; ähnlich: Geyer **2** 121, H. Meyer S. 925, Schaper HH. **3** 911, Oppenh. N. 6, Rüd.-St. N. 5, v. Schwarze N. 4. Die noch bevorstehende baupolizeiliche Prüfung eines Baues wird jedoch häufig als ein die „Gefährdung" beseitigender Umstand anzusehen sein; Berner S. 634, H. Meyer aO., Oppenh. N. 6. Begründete aber das Bauwerk, wie es bei der baupoliz. Revision vorlag, bereits Gefahr für Andere, so liegt der Thatbestand vor, auch wenn die weitere Gefährdung durch die baupoliz. Revision abgewendet wurde; **RG.** III 28. März 87 R. **9** 203.

Uebrigens ist es nicht erforderlich, daß durch den Bau selbst, d. h. das errichtete Bauwerk, die Gefahr entsteht, vielmehr reicht es aus, wenn sie durch das Nachbargebäude, z. B. die nicht genügend abgesteifte Seitenwand desselben, herbeigeführt wird; **RG.** IV 3. Apr. 91 G. **39** 208, Berlin 7. März 77 St. **7** 188, Berner S. 634.

6) Eine Idealkonk. (§ 74) mit den Verg. aus § 222 bzw. § 230 kann vorliegen, sobald die Zuwiderhandlung in concreto auf Fahrlässigkeit beruhte (N. 1_2) und durch die fahrlässige Zuwiderhandlung der Tod oder die Körperverletzung eines Menschen verursacht wurde; so die GM.

7) Die Strafe ist wahlweise Geldstr. von 3—900 M. (§ 27) o. Gefängniß von 1 T. bis 1 J. (§ 16); jene kann, als „an erster Stelle" angedroht, gemäß § 28_2 (das. N. 6b) im Nichtbeitreiblichkeitsfalle auch in Haft umgewandelt werden.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren. Vgl. übrigens das § 73 N. 36b cit. **RG.** II 2. Nov. 83 E. **9** 152.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. §§ 73[1], 27.

Achtundzwanzigster Abschnitt.

Verbrechen und Vergehen im Amte.

1) Wenn man die Amtsdelikte eintheilt in eigentliche und uneigentliche bzw. in reine und gemischte (eine Eintheilung, die Hälschner **2** 1025 bevorzugt, während Oppen-

beim Rechtsbeugungsverbr. S. 20 f. diese Eintheilungen überhaupt verwirft, da ein Verbr. entweder ein Amtsverbrechen oder ein gemeines Verbr. sei), so werden unter „Amtsdelikten im eigentlichen Sinne" meist (vgl.: H. Meyer S. 871, Schütze S. 521 u. HRl. „Amtsverbr.") die kriminell strafb. Verletzungen derjenigen besonderen Normen verstanden, welche nur die Klasse der Beamten verpflichten (Binding Grundr. S. 64), also die delicta propria der Beamten. Allein diese Auffassung bedarf einer Berichtigung; denn bei dem verschiedenen Umfange der Begriffe „Amt" und „Beamter" (§ 31 N. 7, 10) sind auch die mit der „Verwaltung eines Amtes" verbundenen Pflichten nicht identisch mit den „Pflichten eines Beamten"; Laband Staatsr. I 405. Die besonderen, den Amtsdelikten zu Grunde liegenden Normen richten sich deshalb auch nicht blos an die Beamten, sondern vielmehr an die mit Verwaltung eines Amtes betrauten Personen, mögen sie Beamte sein oder nicht. Gilt dieses schon im allgemeinen, so namentl. für das StGB. (vgl. einmal die §§ 31 u. 359 mit einander, dann den Inhalt des Abschn. 28), in dessen Sinne sonach eigentliche „V. u. V. im Amte", wie die Ueberschrift des Abschn. 28 nach obigem korrekter statt „Amtsverbr. u. -Vergehen" sagt, diejenigen V. u. V. sind, welche nur von einem mit der Verwaltung eines Amtes Betrauten begangen werden können; vgl. v. Liszt. S. 592, nach dem StGB. seien Amtsdel. die im Abschn. 28 mit öffentl. Strafe bedrohten pflichtwidrigen Hdlgen sowohl der Beamten i. e. S. als auch anderer mit der Verwaltung von Amtsgeschäften betrauter Personen.

Eigentl. Amtsdel. in diesem S. finden sich im StGB. Th. II Abschn. 28 in den §§ 331, 332, 334_1, 336, 338, 339, 343, 344, 345, 346, $348_{1,2}$ (349), 351, 352, 353, 353a, 354, 355, 356, 357.

Die durchgängig aufgestellte Behauptung, daß eigentl. Amtsdel. ausschließlich im Abschn. 28 aufgestellt seien, ist aber nicht richtig; so enthält z. B. § 174^2 gleichfalls den Thatbestand eines eigentlichen Amtsdel., da durch die Vornahme unzüchtiger Hdlgen mit Personen, gegen die eine Untersuchung geführt wird oder die amtlicher Obhut anvertraut sind, eine allgemeine Norm in kriminell strafb. Weise nicht verletzt wird (vgl. § 322 N. 2b).

2) Uneigentliche Amtsdelikte heißen diejenigen kriminell strafb. Verletzungen der allgemeinen, an Alle sich wendenden Normen seitens einer mit Verwaltung eines Amtes betrauten Person, wenn dieselben eben wegen ihrer Verübung durch eine solche, und zwar ev. im Zusammenhange mit dem Amte, mit besonderer Strafe bedroht sind, wenn also die hervorgehobene Eigenschaft des Thäters ev. in Verbindung mit einem Amtsmißbrauche einen straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 bildet. Auch hier handelt es sich um den Gegensatz des allgemeinen und besonderen Rechtes, doch ist derselbe lediglich auf das Strafgesetz, nicht, wie bei den eigentlichen Amtsdelikten, zugleich auf die Norm zu beziehen; Binding Grundr. S. 64 f.

Uneigentl. Amtsdel. finden sich sowohl im Abschn. 28, nämlich in den §§ 340, 341, 342, 347, 348_2 (349), 350, 354, 355, 357, als auch außerhalb desselben; vgl. Binding I 433 N. 5, v. Liszt S. 593, Hälschner 2 1027.

3) Als Subjekt erfordern die Amtsdelikte entweder:

a. unbedingt einen Beamten i. S. des § 359; so in den Fällen der §§ 331, 332, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 353, 353a, 354, 357, welche deshalb zugleich als Beamten-Delikte sich darstellen, oder

b. einen Beamten oder eine mit der Verwaltung eines Amtes betraute Person; so in den Fällen der §§ 334_1, 336, 352, 355, 356, wo es sonach um Beamten-Delikte sich nicht zu handeln braucht.

Die aus §§ 333, 334_2 strafb. Delikte, welche als Subjekt lediglich eine Privatperson erfordern, gehören deshalb überhaupt nicht zu den Amtsdelikten; vgl. jedoch § 331 N. 1.

4) Subjekt des Amtsdeliktes (N. 3a, b) kann sein:

a. der Verwalter eines jeden Amtes in den Fällen der sog. allgemeinen Amtsdelikte, d. h. denjenigen der §§ 331, 332, 340, 341, 342, 347, 348_2, 349, 350;

b. nur der Verwalter eines bestimmten Amtes in den Fällen der sog. besonderen Amtsdelikte, d. h. denjenigen der §§ 334_1, 336, 338, 339, 343, 344, 345, 346, 348_1 (349), 351, 352, 353, 353a, 354, 355, 356, 357.

5) Nothwendig ist, daß das Subjekt eines Amtsdel. zur Zeit der That Verwalter des btr. Amtes sei; die Begehung nach Ausscheiden aus dem Amt kann ein Amtsdel. auch dann nicht darstellen, wenn eine Beziehung zu dem früher bekleideten Amte obwaltet; so: RG. II 9. Juli 80 R. 2 181, Hälschner 2 1034, H. Meyer S. 871, Oppenh. § 348 N. 1. Andererseits ändert ein Ausscheiden aus dem Amte nach der That den Charakter des Deliktes nicht.

6) Die aus Abschn. 28 strafb. Amtsdelikte haben zur Voraussetzung, daß sie von dem Verwalter eines inländischen Amtes begangen werden (vgl. Th. II Abschn. 6 N. 1). Dagegen ist es völlig gleichgültig, ob der Verwalter des Amtes selbst Inländer oder Ausländer ist; Binding 1 432, Hälschner 2 1035, Rubo § 359 N. 3, v. Schwarze N. 5.

Wegen der Amtsdel. der Personen des Soldatenstandes und der Militärbeamten vgl. MStGB. §§ 145, 153 f.

7) Wegen Bestrafung der im Auslande begangenen Amtsdel. vgl. § 4[1], insbs. N. 10c.

8) Für die Theilnahme (Th. I Abschn. 3) an Amtsdel. ist der Unterschied zwischen eigentlichen (N. 1) und uneigentlichen (N. 2) Amtsdel. von Bedeutung. Freilich ist bei allen Amtsdel. die Theilnahme eines Dritten als Anstifters o. Gehülfen (§§ 48 N. 20, 49 N. 20) denkbar, aber nur bei den uneigentl. Amtsdel. eine Theilnahme als Mitthäter (§ 47 N. 20). Bei der Bestrafung eines solchen Mitthäters findet ebenso wie bei derjenigen eines Anstifters oder Gehülfen zu einem Amtsdel. § 50 Anwendung (vgl. § 50 N. 2, 4 I e).

9) Bei der Frage nach der Regelung der Materie der Amtsdelikte fällt entscheidend ins Gewicht, daß Abschn. 28 die Amtsdel. keineswegs zusammenfassend behandelt (N. 1, 2); deshalb können auch die „Amtsdelikte" nicht als einheitliche Materie i. S. des EG. § 2 aufgefaßt werden und muß vielmehr bei den einzelnen Amtsdel. untersucht werden, welche Materie geregelt sei. Doch ist selbstverständlich, daß die landesgesetzl. Bestimmungen nicht auf Reichsbeamte sich erstrecken dürfen, sowie daß eine Qualifikation der im Abschn. 28 selbst vorgesehenen Delikte seitens der Landesgesetzgbg. unzulässig ist. So: Binding 1 320, Hälschner 1 115, 2 1035, H. Meyer S. 874, v. Kirchmann Nachtrag N. 6, Oppenh. N. 4, Rüd.-St. N. 4, Heinze RLstrafr. S. 32. AM.: Schütze S. 524 N. 10, v. Schwarze N. 3, die Landesgesetze über kriminelle Bestrafung von Amtsdel. seien unbedingt aufgehoben, während Rubo S. 985 sogar auch die Landesdisziplinargesetze für kraftlos erachtet (vgl. dagegen oben EG. § 5 N. 6); nach H. Seuffert, v. Stengel's Wörterbuch d. D. Verwaltungsrechts 1 48, soll die zusammenfassende Behandlung im Abschn. 28 u. in der Ueberschrift des Abschn. eine Vermuthung dafür begründen, daß die Verfasser, Berather u. Beschließer des StGB. die „V. u. V. im Amte" als eine im StGB. geregelte Materie sich vorgestellt hätten. Eine Mittelmeinung vertritt Meves HH. 3 390 dahin, daß die Materie der eigentl. Amtsdel. geregelt, dagegen der Landesgesetzgbg. das Gebiet der uneigentl. Amtsdel., sofern sie nicht ausdrücklich im StGB. mit Strafe bedroht seien, überlassen geblieben sei.

10) In prozessualischer Beziehung vgl. EGzGVG. § 11.

§. 331.

Ein Beamter, welcher für eine in sein Amt einschlagende, an sich nicht pflichtwidrige Handlung Geschenke oder andere Vortheile annimmt, fordert oder sich versprechen läßt, wird mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Gefängniß bis zu sechs Monaten bestraft.

PrStGB. § 309. Entw. I § 311, II (fehlt). Aktenst. Nr. 119 13, 182 46. StB. S. 742—744, 1175.

Vgl. §§ 335, 358.

Zu §§ 331—335. N. 1.

1) Die §§ 331—335 behandeln die Materie der Bestechung i. w. S. Soweit dieselbe auf der einen — aktiven — Seite ein Versprechen o. Gewähren von Vortheilen, auf der anderen — passiven — Seite ein Sichversprechenlassen o. Annehmen von solchen voraussetzt, „liegen zwei sich begegnende und im Zusammentreffen, nämlich im Abschluß der rechtswidrigen Uebereinkunft, sich vereinende Thätigkeiten je eines Subjektes vor, welche im Zusammenfluß den Thatakt eines untheilbaren Deliktes bilden"; es liegt also ein Fall der

sog. nothwendigen Theilnahme (Th. I Abschn. 3 N. 11) mit gegenseitigem Zusammenwirken vor; Schütze S. 527 f. u. Nothw. Theiln. S. 339, 318, Teichmüller Bestechung S. 15. Da nun, vom „Schiedsrichter“ abgesehen (§ 334 N. 6), auf der einen Seite der Verwalter eines Amtes (nicht nothwendig ein Beamter), erfordert wird, auf der anderen nicht, so bildet die Bestechung als subjektiv gemischtes Delikt an sich ein Mittelglied zwischen den delicta communia einerseits u. den delicta propria der Beamten andererseits; Schütze Nothw. Theiln. S. 339.

Das StGB. hat nun zwar jenen Charakter des Deliktes dadurch alterirt, daß es die Bestechung bereits für vollendet ansieht auf der aktiven Seite durch ein bloßes „Anbieten“, auf der passiven durch ein „Fordern“; denn das sind rein einseitige Thätigkeiten. Dieses mußte auch eine äußere Sonderung der Fälle der aktiven Bestechung von denen der passiven mit sich führen; so ist dem § 332 der § 333, dem Abs. 1 des § 334 der Abs. 2 desselben gegenübergestellt. Indem aber der Gesetzgeber bei der Bestechung i. e. S., und zwar sowohl bei der einfachen (§§ 332, 333) als auch bei der sog. richterlichen (§ 334), ausdrücklich die aktive in einem „Anbieten, Versprechen oder Gewähren von Vortheilen“ bestehende Thätigkeit mit Strafen bedrohte, dem pflichtwidrigen „Annehmen, Fordern oder Sichversprechenlassen von Vortheilen“ (§ 331) ein strafbares „Anbieten, Versprechen oder Gewähren von Vortheilen für an sich nicht pflichtwidrige Handlungen“ aber nicht gegenüberstellte, brachte er damit negativ zum Ausdruck, daß diese Hdlgen, abgesehen von Strafandrohungen in besonderen durch EG. § 2_2 aufrecht erhaltenen Bestimmungen (vgl. z. B. VZG. § 160), überhaupt nicht strafbar sein sollen, auch dann nicht, wenn sie im Einzelfalle als Anstiftung o. Beihülfe zum Verg. aus § 331 sich qualifiziren würden (Th. I Abschn. 3 N. 10a). So die GM., insbs. RG. I 17. Dez. 85 E. **13** 181.

Zu §§ 331, 332, 334 Abs. 1. N. 2—5.

2) Die sog. passive Bestechung i. w. S. ist ein eigentliches Amtsdel. (Abschn. 28 N. 1), welches erfordert, daß der Thäter „Geschenke oder andere Vortheile“ (N. 3) für eine Amtshandlung „annimmt, fordert oder sich versprechen läßt“ (N. 4).

3a) Wie aus der Verbindung mit den an erster Stelle genannten „Geschenken“ klar erhellt, kommen nur solche „Vortheile“ in Betracht, die von Seiten des Gewährenden als freiwillige Leistungen sich darstellen; anderenfalls greifen die §§ 352 f. Platz; so die GM., insbs. RG. IV 13. März 85 R. **7** 175, I 4. März 89 E. **19** 62; vgl. jedoch Simonson Vortheil S. 77 f. Der freiwillig gegebene, das Maß der geschuldeten Gebühren überschreitende Theil ist jedoch zweifellos ein „Vortheil“; RG. I 24. Juni 80 R. **2** 108, Oppenh. N. 7, Simonson aO. S. 79.

b) Unter „Geschenken“ werden Zuwendungen von Vermögenswerth aus den eigenen Mitteln des Gebenden zu verstehen sein, während „Vortheile“ auch aus dem Vermögen Anderer stammen können; Teichmüller Bestechung S. 17. Im übrigen aber ist der Begriff der „Vortheile“ nicht auf Vermögensvortheile zu beschränken; so die GM., insbs. RG. III 5. Nov. 83, IV 20. Mai 92, E. **9** 166, **23** 141 (btr. § 332 bzw. § 333). Doch wird auch hier, wie im § 257 (das. N. 30, 39), daran festzuhalten sein, daß es um einen materiellen Vortheil sich handeln muß, während eine blos ideelle Befriedigung des Ehrgeizes o. der Eitelkeit nicht genügt; so: H. Meyer S. 826, Schütze S. 527 N. 4, Rüd.-St. N. 7, v. Schwarze N. 6 A. 6, Alcalay Bestechung (Diss. Preßburg 1889) S. 42; aM.: Meves HH. **3** 965, Blum N. 4, Simonson aO. S. 83, ferner Hälschner **2** 1037, der alle Einschränkungen des Begriffes verwirft, da das Gesetz solche nicht enthalte. In der That liegt kein Grund vor

α. vorübergehende materielle Genüsse auszuschließen; so die GM., insbs.: cit. RG. 5. Nov. 83 (btr. Beischlafsvollziehung), Stuttgart 12. Juli 72 St. **3** 37 (btr. Bewirthung) aM. v. Schwarze aO.;

β. zu verlangen, daß die Vortheile im Gleichheitsverhältnisse zu den Leistungen stehen und insofern zur Bestechung geeignet sein müßten; so jedoch Teichmüller aO. S. 18.

Nicht erforderlich ist, daß die Vortheile oder Geschenke, die der Beamte sich versprechen läßt o. fordert (N. 4b, c) bereits fest bestimmt seien, sofern nur dadurch die Ernstlichkeit des Versprechens 2c. nicht beeinträchtigt wird; so das cit. RG. 20. Mai 92 btr. des Anbietens u. Versprechens im Falle des § 333, sofern nur der Beamte jene als ernstlich gemeint auffassen konnte.

In der Praxis wurde mit Recht ein „Vortheil" gesehen in der Mitwirkung zur Fruktifizirung der strafb. Verletzung der Amtspflicht bzw. der vorgängigen Bezahlung einer dem Beamten als Privatmann zustehenden Forderung; **RG.** II 20. Sept. 81, I 20. Nov. 82, **E. 4** 421, **7** 401.

4) Die strafb. Thätigkeit ist entweder eine solche, welche die Mitwirkung eines Anderen erfordert, nämlich ein „Annehmen" oder „Sichversprechenlassen" (N. 1_1), oder eine einseitige, im Grunde nur einen Versuch enthaltende und jenen Hdlgen zu Unrecht gleichgestellte, nämlich ein „Fordern" (N. 1_2). Die Aufzählung der einzelnen Thätigkeiten harmonirt übrigens weder unter sich, noch in sich; denn das einseitige „Fordern" trennt in den §§ 331, 332 die zweiseitigen Thätigkeiten, während es im § 334_1 sogar voran steht (vgl. auch § 333 N. 2). Im Einzelnen ist hervorzuheben:

a) „Annehmen" ist nicht identisch mit Hinnehmen, z. B. zur Sicherung eines Beweismittels gg. den Bestechenden; Teichmann HRl. „Bestechg.", Teichmüller Bestechung S. 22, 48.

b) „Sichversprechenlassen" (§ 302 N. 2c) erfordert zwar ein beiderseitiges Einverständniß, aber auf Seiten des Bestochenen nicht ein Hervorrufen des Versprechens durch aktives Handeln; so: Hälschner **2** 1038, Rüd.-St. N. 3, Landsberg Kommissivdel. S. 212 f.; aM. v. Schwarze N. 7. In der Praxis ist dieses Thatbestandsmerkmal mit Recht in dem Verhalten des Beamten, woraus auf die Geneigtheit zur Annahme des in Aussicht gestellten Geschenkes geschlossen werden mußte, gefunden worden; **RG.** II 8. Mai 85 **R. 7** 285.

c) „Fordern" kann namentl. auch durch schlüssige Hdlgen geschehen; vollendet ist dasselbe, sobald das Verlangen zur Kenntniß des Anderen gelangt ist.

5) Es ist nicht nothwendig, daß der Bestochene persönlich angenommen 2c. habe; es kann vielmehr die Bestechung auch durch eine Mittelsperson indirekt geschehen, so namentl. durch — zur Kenntniß des Beamten gelangende — Zuwendung an einen Angehörigen desselben, wenn dieselbe als Vortheil für ihn selbst sich darstellt; Hälschner **2** 1038, Meves HH. **3** 964, H. Meyer S. 876, Rüd.-St. N. 5, v. Schwarze N. 7, insbs. A. 8. Geschah die Zuwendung an den Angehörigen nicht von vornherein mit Wissen des Beamten, so liegt die strafb. Annahme in der Unterlassung der Rückgabe; Hälschner aO.

Zu §§ 331, 332. N. 6—8.

6) Die Delikte aus §§ 331, 332 sind stets Beamten-Delikte, da sie als Subjekt unbedingt einen Beamten erfordern; sie sind zugleich allgemeine Amtsdel., weil jeder Beamte Thäter sein kann (Abschn. 28 N. 3a, 4a).

7) Der Vortheil muß für eine Amtshandlung (vgl. N. 9a sowie § 332 N. 1) angenommen worden sein. Unbedingtes Erforderniß ist also der Kausalzusammenhang zwischen dem Annehmen und der Amtshandlung; das Annehmen eines Vortheils aus Anlaß oder bei Gelegenheit einer Amtshandlung genügt nicht; so die GM., insbs. **RG.** I 25. Feb. 89 **E. 19** 19.

Hieraus folgt, daß beim „Fordern" der Wille des „Fordernden", beim „Annehmen" bzw. „Sichversprechenlassen" der übereinstimmende Wille beider Seiten dahin gegangen sein muß, daß der Vortheil als Gegenleistung auf eine Amtshandlung sich beziehe; **RG.** III 8. Nov. 79 **E. 2** 129, Berlin 4. Apr. 76 **O. 17** 246, v. Liszt S. 594, Merkel S. 412, Rubo N. 2, 4, Rüd.-St. N. 3, Teichmüller Bestechung S. 18. Daraus ergiebt sich aber weiterhin, daß die Hdlg. eine in dem Grade bestimmte und konkrete sein muß, daß eine solche bewußte Beziehung möglich und nachweisbar wird; so: **RG.** 8. Nov. 79 (s. o.), II 7. Nov. 84 **E. 11** 219, I 22. Juni 85 **R. 7** 424 (btr. § 333), Geyer **2** 193, H. Meyer S. 875, Teichmüller S. 19, 43; aM.: Berlin 9. März 77, 3. Apr. 79, **O. 18** 202, **20** 195, Meves HH. **3** 967, es sei nicht erforderlich, daß die Amtshdlg. individuell festgestellt werde, vielmehr genüge es, wenn das Geschenk für das amtliche Verhalten im allg. habe gewährt werden sollen; auch Hälschner **2** 1041 nimmt an, daß das Gesetz für solche beschränkenden Bestimmungen keinen Anhalt biete. Allerdings ist keineswegs nöthig, daß die Beziehung nur bezüglich einer einzelnen Hdlg. vorliege, vielmehr kann auch eine Mehrheit von Hdlgen bzw. eine aus mehreren Einzelakten sich zusammensetzende Hdlg. in Frage kommen; citt. **RG.** 8. Nov. 79, 7. Nov. 84, H. Meyer aO. Die erforderliche Bestimmtheit bzw. Konkretisirung der Hdlg. ist

auch nicht dahin aufzufassen, daß letztere in ihren einzelnen Akten genau fixirt werden müßte, vielmehr genügt es, wenn der Thäter den Beamten bestimmen wollte, seine amtliche Thätigkeit in einer bestimmten Richtung in pflichtwidriger Weise auszuüben bzw. zu mißbrauchen; citt. RG. 7. Nov. 84, 22. Juni 85. Daß der Zweck der Geschenke bei der Gewährung ausdrücklich ausgesprochen wurde, ist nicht erforderlich; es ist hinreichend, wenn er aus den Umständen erkennbar ist (wie z. B. bei Hingabe von Geschenken an einen Gefangenwärter seitens der Ehefrau eines Gefangenen); RG. II 7. Nov. 84 E. 11 219.

Hiernach fällt z. B. nicht unter die §§ 331, 332, was einem Beamten, wenn auch aus Anlaß oder bei Gelegenheit einer Amtshdlg., dennoch nur aus allgemeinem Wohlwollen, aus Anerkennung seiner Verdienste bzw. nach den Regeln des sozialen Verkehrs u. der gewöhnlichen Höflichkeit gegeben wird, wie häufig die sog. Trinkgelder; so die GM., insbs. citt. RG. 8. Nov. 79, 25. Feb. 89, ersteres btr. dessen, was seitens des Vaters eines Schülers nach bestandenem Abiturientenexamen einem Lehrer in Anerkennung seiner gesammten Thätigkeit in der Schule und aus Dankbarkeit gegen ihn sowie die Lehranstalt ohne Rücksicht auf konkrete Amtshdlgen zum Geschenk gegeben wurde.

8) Unter der „Handlung", welche mit der Annahme des Vortheils in Beziehung stehen muß, ist selbstverständlich auch eine Unterlassung zu verstehen; so die GM., insbs. die Motive u. Dresden 23. Nov. 74, 5. Jan. 77, St. 5 167, 7 189.

Gleichgültig ist, ob die Vortheilsannahme für eine bereits begangene o. für eine zukünftige Amtshdlg. erfolgt; so die GM., insbs. außer den Motiven: RG. III 8. Nov. 79, 5. Nov. 83, E. 2 129, 9 166, Berlin 3. Nov. 76, 3. Apr. 79, O. 17 713, 20 195.

Daß die bereits begangene Hdlg. in Erwartung eines Vortheils vorgenommen wurde, ist nicht erforderlich; so das cit. RG. 8. Nov. 79.

Liegt die Beziehung zu einer noch zu begehenden Hdlg. vor, so ist nicht nothwendig daß dieselbe schon im Augenblick der Bestechung ausführbar ist; RG. III 10. Juni 82 R. 4 555. Die spätere Vornahme der Hdlg. ist kein Erforderniß des Thatbestandes.

Zu § 331. N. 9—13.

9) Im Falle des § 331 muß die Hdlg., für welche der Beamte den Vortheil annimmt, „eine in sein Amt einschlagende, an sich nicht pflichtwidrige" sein. Es bildet dieses den Thatbestand der sog. pflichtwidrigen Geschenkannahme, die nur i. w. S. als — passive — Bestechung bezeichnet werden kann (N. 1).

a) Als eine „in ein Amt einschlagende Handlung" — d. h. als eine Amtshandlung (so RG. II 6. Mai 87 E. 16 42; gegen diese Identifizirung jedoch Simonson Vortheil S. 82) — kann nur eine solche angesehen werden, welche innerhalb des Kreises der dem Beamten als solchem durch die maßgebenden Gesetze und Instruktionen zur Pflicht gemachten Thätigkeit liegt; so: RG. IV 13. März 85 R. 7 175, Berlin 24. Jan. 72, 3. Apr. 79, O. 13 78, 20 195 mit den zutreffenden Folgerungen, daß nicht lediglich die Uebertragung einer Funktion seitens eines Vorgesetzten maßgebend sei, sondern daß es auch darauf ankomme, ob dieser zur Uebertragung an seinen Untergebenen befugt war — sowie ferner, daß eine Ausdehnung des Begriffs auch auf solche Hdlgen des Beamten, welche zwar nicht zu seinen amtlichen Funktionen gehörten, von ihm jedoch unter Einsetzung seines amtl. Einflusses oder seiner amtl. Autorität vorgenommen würden, nicht zulässig sei, z. B. bei Bemühung zur Beschleunigung einer amtl. Angelegenheit nach Abschluß der eigenen amtl. Thätigkeit (so cit. RG.), bzw. bei einer bloßen Privatgefälligkeit, welche ein Beamter, wenn auch in Veranlassung seines Amtes, außer oder neben demselben erweise. Unerheblich ist, ob im Einzelfalle durch die Amtspflicht die Handlung geboten oder ob die Unterlassung verboten war; denn es soll der Käuflichkeit einer amtlichen Thätigkeit unter allen Umständen entgegengetreten werden; Berlin 21. Juni 78 O. 19 323. Deshalb findet § 331 (sowie die folgenden §§.) auch Anwendung auf Hdlgen, welche ein Beamter nach dem bestehenden Dienstgebrauche vornimmt, jedoch ablehnen konnte, weil er zu deren Besorgung dienstlich nicht verpflichtet war; RG. I 10. Nov. 87 E. 16 300 (btr. § 332).

b) Die Worte „an sich" werden meist (so: John Entwurf S. 631, Meves HH. 3 966 N. 2, Oppenh. N. 6, v. Schwarze N. 4, Alcalay Bestechung S. 40) für überflüssig erklärt, sie

erscheinen jedoch sogar als schädlich (so jetzt auch Hälschner 2 1039 u. Teichmüller Bestechung S. 46), denn sie können zu der unrichtigen Auffassung verleiten, daß § 331 auch dann Platz greifen solle, wenn der Beamte bei einer in seinem pflichtmäßigen Ermessen liegenden Hdlg. durch die Vortheilsannahme zu einer bestimmten Entscheidung sich bewegen lasse, weil auch hier die Handlung „an sich" nicht pflichtwidrig sei; hier findet jedoch § 332 (das. N. 2) Anwendung.

10) Die Vortheilsannahme muß eine objektiv rechtswidrige sein; der in der dritten Berathung des RT. gestellte Antrag auf Einschaltung des Relativsatzes „Vortheile, zu denen er gesetzlich nicht berechtigt ist", wurde abgelehnt, weil solches selbstverständlich; Kronecker G. **31** 371, Teichmüller Bestechung S. 49. Jede gesetzliche Erlaubniß zur Annahme eines Geschenkes schließt deshalb den Thatbestand aus; so: H. Meyer S. 876, Oppenh. N. 8, Rüd.-St. N. 1, Kronecker aO., Teichmüller aO. S. 50, Simonson Vortheil S. 74; aM. Rubo N. 8, der annimmt, daß Straflosigkeit nur auf Grund einer reichsgesetzlichen Vorschrift eintreten könne; so prinzipiell auch Hälschner **2** 1042, der aber aus RBeamtenG. § 15_2, wonach jeder Reichsbeamte „zur Annahme von Geschenken o. Belohnungen in Bezug auf sein Amt die Genehmigung der obersten Reichsbehörde bedarf", nicht nur mit Recht folgert, daß der das Geschenk zufolge solcher Genehmigung annehmende Beamte nicht aus § 331 gestraft werden könne, sondern weiter, daß die RGesetzgebung die Anwendbarkeit des § 331 ebenso auch betreffs der Landesbeamten als ausgeschlossen betrachte, sofern sie das Geschenk mit Zustimmung der vorgesetzten Landesbehörde annähmen. Ist die Annahme von einer oberbehördlichen Genehmigung abhängig, so wird diese an sich auch stillschweigend erfolgen können und bei vielen observanzmäßig hergebrachten Vergütungen an Unterbeamte anzunehmen sein; H. Meyer, Oppenh., Rüd.-St., Kronecker, aO., Teichmüller aO. S. 52; insbs. wird auch eine stillschweigende Genehmigung der obersten Reichsbehörde nicht für absolut ausgeschlossen zu erachten sein. In Ermangelung positiver Vorschriften wird man mit Kronecker aO. annehmen können, daß die Genehmigung nur dann ertheilt werden dürfe, wenn die Annahme „nach der Natur des Amtes und der btr. Amtsverrichtung zulässig" erscheint, und davon ausgehend auch für die Vermuthung einer stillschweigenden Genehmigung gewisse Gesichtspunkte aufstellen können; übrigens hat auch die oberste Reichsbehörde die nach dem RBeamtenG. erforderliche Genehmigung lediglich nach ihrem pflichtmäßigen Ermessen zu ertheilen und kann keine Rede davon sein, daß es auch nach Reichsrecht „an allem gesetzl. Material dafür fehle, in welchen Fällen die btr. Genehmigung ertheilt werden könne"; so jedoch Kronecker aO.

11) Wegen des Dolus vgl. o. N. 7_2. Das generelle Dolusmerkmal, das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, kann übrigens auch durch eine, den gesetzlichen Voraussetzungen nicht entsprechende, Genehmigung des Vorgesetzten (N. 10) ausgeschlossen sein; Rüd.-St. N. 1, Kronecker G. **31** 372.

12) Wegen Theilnahme (Th. I Abschn. 3) vgl. N. 1_2, 2 i. V. mit Abschn. 28 N. 8. Anstiftung u. Beihülfe (§§ 48 f.) sind darnach keineswegs unbedingt ausgeschlossen, vielmehr soll nur das Gewähren, Anbieten oder Versprechen als Anstiftung oder Beihülfe nicht bestraft werden; aM. v. Kries ZfStRW. **7** 546, 556.

13) Die Hauptstrafe ist wahlweise Geldstr. von 3—300 M. (§ 27) o. Gefängniß von 1 T.—6 Mt. (§ 16); jene kann, als „an erster Stelle angedroht", nach § 28_2 (das. N. 6b) im Nichtbeitreiblichkeitsfalle auch in Haft umgewandelt werden. Wegen zweier Nebenstr. vgl. §§ 335, 358.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. §§ 73^1, 75^{14}.

§. 332.

Ein Beamter, welcher für eine Handlung, die eine Verletzung einer Amts- oder Dienstpflicht enthält, Geschenke oder andere Vortheile annimmt, fordert oder sich versprechen läßt, wird wegen Bestechung mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe ein.

PrStGB. § 310. Entw. I § 312, II § 328. Aktenst. Nr. 105, 119 14 a. StB. S. 744—746.

Vgl. § 335.

1) Im Falle des § 332 (vgl. § 331 N. 1—8) muß die „Handlung", für welche der Beamte den Vortheil annimmt, „eine Verletzung einer Amts- oder Dienstpflicht" enthalten. Hierin liegt der Thatbestand der einfachen sog. passiven Bestechung i. e. S. (§ 331 N. 1). In Wahrheit ist dieselbe nur eine Qualifikation des Verg. aus § 331; denn, wie § 331 (das. N. 9a) nach seinem Wortlaute eine Amtshdlg. voraussetzt, so ist auch, wie der Zusammenhang beider Bestimmungen beweist, für § 332 eine Amtshdlg. bzw. die Unterlassung einer solchen Erforderniß und genügt deshalb eine dem Beamten verbotene, an sich auch eine Verletzung der Amtspflicht enthaltende, Privathdlg. (wie z. B. die durch RBeamtenG. § 12 verbotene Abgabe eines Gutachtens ohne Genehmigung der vorgesetzten Behörde) nicht; ein innerer Grund für eine solche Ausdehnung des Begriffes „Handlung" im § 332 liegt nicht vor, dieselbe würde vielmehr zu unannehmbaren Konsequenzen führen und erscheint auch nach der Entstehungsgeschichte ausgeschlossen; **RG.** II 6. Mai 87 E. **16** 42. Bei feststehendem Kausalzusammenhange zwischen Vortheilsannahme und Amtshdlg. greift sonach § 331 stets dann Platz, wenn nicht nachgewiesen ist, daß die Beziehung zu einer die Verletzung einer Amtspflicht enthaltenden Amtshdlg. stattgefunden hat; das Vorliegen dieser Beziehung bedingt die Anwendung der schweren Strafandrohung des § 332; cit. **RG.** 6. Mai 87, Reves HH. **3** 967. Nach der Redaktion des § 332 jedoch kann jener Umst. als ein straferhöh. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 nicht angesehen werden; Oppenh. N. 3.

Der, im Gegensatz zur „Amtspflicht" (vgl. übrigens § 322 N. 2b), an sich die Pflicht eines Mitgliedes der bewaffneten Macht bezeichnende Ausdruck „Dienstpflicht" (vgl. jedoch **RG.** II 21. Feb. 90 E. **20** 268), der im PrStGB. und im Entw. I fehlte, hat Aufnahme gefunden, um die nicht zum Reichsheere bzw. zur Kais. Marine gehörigen, nicht unter Militärgerichtsbarkeit stehenden, Militärpersonen, z. B. die Pr. Landgendarmen (§ 359 N. 14b), zu bezeichnen; v. Schwarze S. 908.

2) Die „Verletzung einer Amts- o. Dienstpflicht" bildet eine objektive Voraussetzung; daß der Beamte in dem Dritten den irrthümlichen Glauben erweckt, er fordere das Geschenk für eine pflichtwidrige Hdlg., genügt deshalb nicht (N. 4); **RG.** III 5. Nov. 83 **R. 5** 670, Teichmüller Bestechung S. 29. Diese objektive Verletzung einer Amtspflicht kann insbs. auch dann vorliegen, wenn die Amtshdlg. des Beamten, welche mit der Vortheilsannahme in der nöthigen Beziehung steht, an sich (§ 331 N. 9b) in den Kreis der Amtspflicht fällt, aber durch den angenommenen Vortheil die Nichtausübung des pflichtmäßig nach gewissenhafter Ueberzeugung auszuübenden Ermessens erreicht werden soll, also namentl. Erwägungen, welche der Vornahme der Hdlg. gegenüber einer bestimmten Person entgegenstehen, unterdrückt werden sollen; so die GM., insbs.: **RG.** I 29. Apr. 80, III 13. Apr. 81, E. **1** 404, **4** 401 (btr. die Verleihung einer Stelle als Fleischbeschauer an einen an sich qualifizirten Bewerber bzw. die Abstandnahme von einer im Ermessen des Beamten liegenden polizeilichen Festnahme), Berlin 8. Okt. 73, 1. Juni 71, 15. März 78, St. **3** 232, O. **12** 297, **19** 143.

In der Praxis wurde die Verletzung einer Amtspflicht angenommen: bei wissentl. unrichtiger Bezeichnung eines gesunden Schweines als trichinös seitens eines Fleischbeschauers; **RG.** II 20. Sept. 81 E. **4** 421; bei Unterlassung der Erstattung einer Anzeige seitens eines dazu Verpflichteten (z. B. eines Feldhüters), wenn dieser auch nur in Folge eines Irrthums zur Erstattung in concreto verpflichtet zu sein glaubte; **RG.** I 31. Jan. 84 E. **10** 64; bei Bewirkung eines unversteuerten Transportes zollpflichtiger Waaren seitens eines Eisenbahnbeamten gelegentlich einer über die Grenze zu machenden Dienstfahrt; **RG.** II 1. Juli 87 **R. 9** 393 (btr. § 333); bei wissentl. falscher Ausfüllung btr. die Aufstellung der jährlichen Hundesteuerliste seitens eines Feldhüters auf Ersuchen eines Polizeibeamten, obgleich dasselbe abgelehnt werden konnte (vgl. § 331 N. 9a); **RG.** I 10. Nov. 87 **E. 16**

300; bei Befürwortung eines Steuerfixums von nur 6000 M. statt des für angemessen erachteten von 9000 M. seitens eines Steuerbeamten; Berlin OAG. 20. Dez. 73 St. 3 381; dagegen die Verletzung einer Dienstpflicht verneint bei Richtstellung eines Strafantrages seitens eines Gendarmen wegen einer während der Ausübung seines Dienstes erlittenen Beleidigung; RG. I 2. Juni 90 E. 20 415.

3) Besteht zwischen der Verletzung einer Amtspflicht und der Vortheilsannahme ein Kausalzusammenhang, welcher erkennen läßt, daß der Vortheil als Gegenleistung für die Amtshdlg. erscheine, während nicht jeder aus Anlaß o. bei Gelegenheit einer Amtshdlg. angenommene Vortheil als für die Amtshdlg. gegeben angesehen werden muß (RG. III 5. Nov. 83 R. 5 670, I 25. Feb. 89 E. 19 19), so wird auch hier für den Fall einer bereits ausgeführten Hdlg. vom Gesetze nicht erfordert, daß die pflichtwidrige Amtshdlg. in Erwartung des Vortheils vorgenommen worden sei (§ 331 N. 7, 8_3); so: Hälschner 2 1043, Meves HH. 3 967, H. Meyer S. 877, Oppenh. N. 2a, Rüd.-St. N. 2, Teichmüller Bestechung S. 54; aM. v. Schwarze N. 5.

4) In subjektiver Beziehung ist erforderlich, daß der Beamte sich bewußt sei, es stehe eine pflichtwidrige Hdlg. in Frage; hält er, wenngleich irrthümlich, die btr. Hdlg. für eine solche, zu welcher er nach seiner Amtspflicht berechtigt o. verpflichtet sei, so entfällt subjektiv der Thatbestand und zwar auch dann, wenn er in dem Dritten, von dem er das Geschenk fordert, den Glauben erweckt, daß er dies für eine eine Pflichtverletzung enthaltende Hdlg. thue; RG. III 5. Nov. 83 (s. o. N. 2), Geyer 2 194, Hälschner 2 1044, Merkel S. 412, Rüd.-St. N. 5.

5) Ein Versuch des Verbr. ist denkbar, wenn auch das Gesetz dadurch, daß es das „Fordern" dem „Annehmen" gleichstellte, in Wahrheit eine Versuchshdlg. zur vollendeten That erhob (§§ 43 N. 28b, 331 N. 4); es kann aber nicht nur ein Versuch vorliegen, wenn z. B. bei schriftlich geführten Unterhandlungen die Annahme bzw. das Sichversprechenlassen wegen fehlender Kenntnißnahme seitens des Anderen nicht zur Vollendung gelangt, sondern es ist ein Gleiches selbst beim „Fordern" denkbar (vgl. § 331 N. 4c). So Schütze S. 529 N. 8. AM.: Meves HH. 3 964, Teichmüller Bestechung S. 59.

6) Wegen Theilnahme (Th. I Abschn. 3) vgl. Abschn. 28 N. 8 i. V. mit § 331 N. 1_2, 2. Der den Vortheil Anbietende, Versprechende oder Gewährende ist jedoch nicht als Anstifter oder Gehülfe (§§ 48f.) zum Verbr. aus § 332, sondern auf Grund der stelbständigen Vorschrift des § 333 (das. N. 4b) strafbar; RG. I 17. Dez. 85 E. 13 181, Rüd.-St. N. 6.

7) Enthält die Verletzung einer Amtspflicht zugleich den Thatbestand einer strafb. Hdlg., so liegt Realkonk. (§ 74) der letzteren mit dem Verbr. aus § 332 vor; so: Hälschner 2 1043, Oppenh. N. 6, v. Schwarze N. 1, Alcalay Bestechung S. 48; aM. F. Meyer N. 3, der Idealkonk. annimmt.

8) Die ordentliche Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus von 1—5 J. (§ 14_2), die für den Fall mild. Umst. (Th. I Abschn. 4 N. 13aff.) angedrohte Hauptstr. Gefängniß von 1 T.—5 J. (§ 16). Als Nebenstr. kann nach § 32 sowohl neben Zuchth. wie auch neben Gef. VdbER. erkannt werden; wegen einer anderen Nebenstr. vgl. § 335. Der Versuch (N. 5) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67, in zehn Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. § 73[2].

§. 333.

Wer einem Beamten oder einem Mitgliede der bewaffneten Macht Geschenke oder andere Vortheile anbietet, verspricht oder gewährt, um ihn zu einer Handlung, die eine Verletzung einer Amts- oder Dienstpflicht enthält, zu bestimmen, wird wegen Bestechung mit Gefängniß bestraft; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann auf Geldstrafe bis zu eintausendfünfhundert Mark erkannt werden.

PrStGB. § 311. Entw. I § 313, II § 329. Aktenst. Nr. 119 14b. StB. S. 744—747.
Vgl. § 335 sowie BranntweinsteuerG. v. 24. Juni 1887 § 27[1].

Zu §§ 333, 334 Abs. 2. N. 1—4.

1) Die Fälle der sog. aktiven Bestechung, welche als Subjekt lediglich eine Privatperson erfordern und deshalb überhaupt keine Amtsdel. bilden (Abschn. 28 N. 3), sind trotzdem im Abschn. 28 behandelt worden, weil sie mit der sog. passiven Bestechung im engsten Zusammenhange stehen (§ 331 N. 1).

2) Die aktive Bestechung erfordert, daß der Thäter einem Beamten ꝛc. „Geschenke oder andere Vortheile" (§ 331 N. 3) für eine Amtshdlg. „anbietet, verspricht oder gewährt"; die Aufeinanderfolge dieser einzelnen Hdlgen entspricht übrigens weder der Anordnung in den §§ 331, 332, noch derjenigen im § 334₁ (vgl. § 331 N. 4). Im Einzelnen ist hervorzuheben:

a) „Anbieten" (vgl. § 331 N. 4c) setzt voraus, daß der Bestechende dem Beamten selbst oder durch Andere gewähren wollte, weshalb es nicht genügt, wenn der Beamte die Vortheile sich selbst verschaffen soll; **RG.** II 20. Sept. 81 E. **4** 421.

b) „Versprechen"; vgl. § 331 N. 4b.

c) „Gewähren" eines Vortheiles liegt nur dann vor, wenn das Gegebene seitens des Empfängers auch als Vortheil angenommen wird; deshalb findet auch hier nicht schon bei jeder Hinnahme seitens des zu Bestechenden ein „Gewähren" statt (vgl. § 331 N. 4a); dagegen liegt darin jedenfalls ein „Anbieten" (a), so daß die Hdlg. dennoch aus § 333 strafbar ist. So: H. Meyer S. 826, Teichmann HRl. „Bestchg.", Alcalay Bestechung S. 54; aM.: Hälschner 2 1045, Teichmüller Bestechung S. 22, während v. Schwarze N. 3 lediglich zutreffend bemerkt, daß § 333 nicht ausgeschlossen sei, wenn der Beamte das Gegebene nur als Beweismittel angenommen habe.

3) Die aktive Bestechung kann, entsprechend der passiven (§ 331 N. 5), eine mittelbare sein; so die GM., insbs. **RG.** I 29. Apr. 80, 8. März 86, E. **1** 404, **13** 396, III 30. März 81 R. **3** 176; im letzteren Falle wurde jedoch mit Recht nur ein (strafloser) Versuch angenommen, weil das dem Beamten mittels eines Angehörigen angebotene Geld auf die Weigerung des Angehörigen vom Thäter wieder an sich genommen wurde. Vgl. übrigens N. 4c.

4 a) Die aktive Bestechung muß den Zweck verfolgen, den „Beamten zu einer, die Verletzung einer Amts- o. Dienstpflicht enthaltenden, Handlung zu bestimmen". Daß unter den Begriff einer Hdlg. auch hier eine Unterlassung der bezeichneten Art fällt, ist selbstverständlich (vgl. § 331 N. 8); **RG.** I 14. März 89 E. **19** 206. Aber auch das gilt hier, wie für § 332 (das. N. 1₁), aus gleichen Gründen, daß nämlich nur „Amtshdlgen" bzw. „Unterlassungen von Amtshdlgen" gemeint sind, nicht auch — wenn auch an sich die Verletzung einer Amtspflicht enthaltende — Privathdlgen; **RG.** II 18. Okt. 87 R. **9** 517.

b) Die Amtshdlg. muß nach dem zu a Bemerkten nothwendig eine zukünftige sein, d. h. nach der Meinung des Bestechenden, die hierfür ausschließlich maßgebend ist; deshalb wird der Thatbestand dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Amtshdlg., deren Unterlassung der Bestechende bezweckte, thatsächlich von dem Beamten bereits vorgenommen war (N. 8); **RG.** I 14. März 89 E. **19** 206. Dagegen kann die aktive Bestechung unter bewußter Bezugnahme auf eine bereits begangene Pflichtwidrigkeit nicht verübt werden; so die GM.; aM. Blum N. 1. Der hierfür einen Vortheil Gewährende ist straflos (vgl. § 332 N. 6); Rüb.-St. N. 1.

c) Bei der mittelbaren Bestechung (N. 3) ist hiernach selbstverständliche Voraussetzung, daß der Beamte von dem der Mittelsperson gemachten Angebote ꝛc. Kenntniß erlange und daß solches vom Thäter beabsichtigt worden, weil letzterer nur dann dem „Beamten" den Vortheil angeboten hat, um dessen Willen dadurch zu beeinflussen; demnach liegt aktive Bestechung nicht vor, wenn lediglich die Fürsprache der Mittelsperson erkauft werden soll, um durch deren Einfluß auf den Beamten zu wirken; **RG.** I 8. März 86 E. **13** 396.

Daß die Kenntnißerlangung seitens des Beamten zu einer Zeit, wo die beabsichtigte Hdlg. für ihn noch möglich war, stattgefunden habe, wie Mannheim 18. Okt. 73 St. 3 232 annimmt, erscheint nach dem o. zu b sowie u. N. 8 Bemerkten nicht unbedingt erforderlich.

Zu § 333. N. 5—10.

5) Im Falle der einfachen sog. aktiven Bestechung muß der Vortheil „einem Beamten" (§ 359) oder „einem Mitgliede der bewaffneten Macht" (§ 113 N. 9) gewährt worden sein. Die passive Bestechung wird bestraft gegen den Beamten aus § 332, gegen das Mitglied der bewaffneten Macht aus MStGB. § 140.

6) Der Zweck der aktiven Bestechung (N. 4a) muß dahin gehen, eine der in N. 5 bezeichneten Personen durch die Geschenkgabe „zu einer Handlung, die eine Verletzung einer Amts- oder Dienstpflicht enthält" (§ 332 N. 1, 2), zu bestimmen. Durch Aufnahme der „Dienstpflicht" (neben der Amtspflicht) wurde hier ein Redaktionsfehler des PrStGB. und des Entw. I verbessert, indem der zu Bestechende auch eine Person des Soldatenstandes sein kann.

In der Praxis wurde mit Recht angenommen, daß die Verfolgung eines solchen Zweckes bei Angebot eines Geschenkes an einen Polizeibeamten behufs Unterlassung der Anzeige einer vermeintlich strafb. Hdlg. auch dann vorliege, wenn die Hdlg. in Wahrheit nicht strafbar, bzw. die Strafbarkeit nicht festgestellt sei; RG. III 19. Nov. 83 R. 5 717.

7) Der Dolus erfordert das, nach prozessual. Grundsatze jedoch nur bei angeregtem Zweifel festzustellende, Bewußtsein des Thäters, daß die dem Beamten angesonnene Hdlg. die Verletzung einer Amtspflicht enthalte. So die GM., insbs.: RG. III 19. Nov. 83 R. 5 717, Dresden 23. Nov. 74 St. 5 167, Berlin 5. März 79 O. 20 123. Es genügt jedoch eventueller Dolus (§ 59 N. 6); RG. IV 14. Mai 86 R. 8 360, Hälschner 2 1045 N. 2. Dagegen ist die irrige Annahme des Schenkenden, daß die bezweckte Amtshdlg. eine pflichtwidrige sei, nicht ausreichend, vielmehr unbedingt erforderlich, daß die Hdlg. eine Pflichtverletzung enthält o. enthalten haben würde; Meves HH. 3 969, F. Meyer N. 3.

8) Zur Vollendung ist die Erreichung des verfolgten Zweckes nicht nothwendig; RG. III 13. Apr. 81 E. 4 101, Berlin OAG. 20. Dez. 73 St. 3 381. Deshalb kommt es auch nicht darauf an, aus welchem Grunde der Erfolg nicht eingetreten ist, ob etwa, weil der Beamte die pflichtwidrige Hdlg. nicht begehen wollte oder zufolge äußerer Hindernisse (vgl. z. B. N. 4b, 6_2) nicht begehen konnte; RG. I 14. März 89 E. 19 206.

9a) Wegen des Verhältnisses zum § 49a vgl. das. N. 20.

b) Wegen des Verhältnisses zum § 332 vgl. das. N. 6 sowie o. N. 4b. Kann darnach auch die aktive Bestechung nicht mit Anstiftung zur passiven Bestechung aus § 332 in Idealkonk. treten, so doch mit Anstiftung zu anderen Amtsdel., insofern nämlich der Beamte die bezweckte Amtspflichtverletzung wirklich begeht und dieselbe als strafb. Hdlg. sich darstellt; so: Berlin 21. Feb. 72, Stuttgart 12. Juli 73, St. 1 210, 3 37, Hälschner 2 1046, Oppenh. N. 10, Rüd.-St. § 332 N. 6, Alcalay Bestechung S. 57; aM. einerseits v. Schwarze N. 7, es entscheide lediglich der spezielle Thatbestand des § 333, außer wenn die Verletzung der Dienstpflicht ein gemeines Delikt enthalte, in welchem Falle Idealkonk. der Bestechung mit Anstiftung zu letzterem vorliege; ferner Reiffel GS. 42 196 f., es finde § 48 keine Anwendung, andererseits Binding 1 495, gegenüber der Anstiftung entfalle wg. Gesetzessubsidiarität die Bestrafung wg. Bestechung.

10) Die ordentliche Hauptstrafe ist Gefängniß von 1 T.—5 J. (§ 16); für den Fall mild. Umst. (Th. I Abschn. 4 N. 13b ff.) ist neben Gefängniß wahlweise Geldstr. von 3—1500 M. (§ 27) angedroht (jedoch nicht etwa an erster Stelle). Wegen einer Nebenstr. vgl. § 335; neben Gef. kann nach dem Schlußsatz des Abs. 1 i. V. mit § 32 auch VdbER. erkannt werden.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 334.

Ein Richter, Schiedsrichter, Geschworener oder Schöffe, welcher Geschenke oder andere Vortheile fordert, annimmt oder sich versprechen läßt, um eine Rechtssache, deren Leitung oder Entscheidung ihm obliegt, zu Gunsten oder zum Nachtheile eines Beleidigten zu leiten oder zu entscheiden, wird mit Zuchthaus bestraft.

Derjenige, welcher einem Richter, Schiedsrichter, Geschworenen oder Schöffen zu dem vorbezeichneten Zwecke Geschenke oder andere Vortheile anbietet, verspricht oder gewährt, wird mit Zuchthaus bestraft. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe ein.

PrStGB. §§ 310—313. Entw. I §§ 312—315, II §§ 328—331. Aktenst. Nr. 105, 119 14 c, 182 48. StB. S. 744—747, 1175.

Vgl. § 335.

1) Die sog. richterliche Bestechung (§ 331 N. 1) erfordert als Bestochenen (Abs. 1) bzw. zu Bestechenden (Abs. 2) einen „Richter, Schiedsrichter, Geschworenen o. Schöffen“.

a) „Richter“ ist derjenige, welcher von zuständiger Stelle zur Handhabung der Rechtspflege im Staate berufen ist. Unmöglich kann der Amtstitel als „Richter“ entscheidend sein, noch kann die Uebertragung von anderen als richterlichen Geschäften (Verwaltungsgeschäften) auf die ordentlichen Gerichte, die nach Maßgabe der Landesgesetzgbg. in verschiedenem Umfange erfolgt ist, für die Begriffsbestimmung irgendwie ins Gewicht fallen. Entscheidend ist immer nur die Uebertragung der Ausübung einer Rechtsprechung, als der spezifisch richterlichen Funktion, also der Entscheidung von Rechtssachen (N. 3 a) nach Rechtsgrundsätzen in einem geregelten Verfahren; vgl. Hälschner 2 1068 f. Dennoch ist der Begriff des „Richters“ nicht auf die richterlichen Mitglieder der durch das GVG. geregelten ordentlichen Gerichte beschränkt, umfaßt vielmehr auch die mit der Rechtsprechung betrauten Mitglieder der besonderen Gerichte sowie der Verwaltungs-, der kirchlichen, der Militär- u. Disziplinargerichte 2c.; Hälschner aO., Meves HH. 3 970, H. Meyer S. 877, Oppenheim Rechtsbeugungsverbr. S. 57 ff., Teichmüller Bestechung S. 33; vgl. auch Teichmann HRl. „Bestechung“ u. abweichend Rüd.-St. N. 3 sowie Alcalay Bestechung S. 49.

Gleichgültig ist, ob der Betreffende als Richter etatsmäßig angestellt oder nur kommissarisch bzw. unentgeltlich beschäftigt ist, gleichgültig auch, ob er Berufsrichter ist oder nicht, wie z. B. der Handelsrichter; Oppenh. N. 2, v. Schwarze N. 3, Alcalay aO. Dagegen gehören nicht zu den Richtern:

α. die Schiedsmänner, da ihre Thätigkeit (vgl. z. B. PrSchiedsmannsO. v. 29. März 1879) eine vermittelnde, nicht aber eine rechtsprechende ist; so die GM.;

β. diejenigen Verwaltungsbeamten, welche in Rechtssachen eine nur vorläufige Entscheidung, wenn auch an sich rechtsprechender Art (N. 3a), abzugeben haben, da sie Richter im techn. S. nicht sind und somit staatsrechtlich dadurch nur einen Verwaltungsakt erledigen; so Hälschner u. Meves aO.; aM. Oppenheim aO. S. 62.

b) „Schiedsrichter“ wird Jemand bereits durch die Ernennung zu solchem, nicht erst durch die Uebernahme des Schiedsrichteramtes; vgl. CPO. §§ 854, 859 [1].

c) „Geschworener“ ist der aus der Jahresliste der Haupt- bzw. Hülfsgeschworenen für eine bestimmte Sitzungsperiode Ausgeloste (GVG. §§ 90 f., StPO. § 280), „Schöffe“ der in die Jahresliste aufgenommene Haupt- bzw. Hülfsschöffe (GVG. § 44); die Berufung zur Theilnahme an einer konkreten Sache braucht noch nicht erfolgt zu sein, noch weniger die Vereidigung (Oppenh. N. 4), wenn auch das Erforderniß, daß es um eine Rechtssache sich handeln müsse, deren „Leitung o. Entscheidung dem Geschworenen 2c. obliegt“, bedingt, daß vor der Berufung zur bestimmten Sache die Bestechung nur hypothetisch erfolgen kann und der Thatbestand des vollendeten Verbr. von der Berufung zu der betreffenden Sache abhängt. So: Meves HH. 3 970 N. 3, Rüd.-St. N. 4. AM.: Hälschner 2

1069, Schütze S. 529 N. 8, Puchelt N. 4, v. Schwarze N. 5, Teichmüller Bestechung S. 34, welche theils allgemeine, theils (irrationell) nur für den „Geschworenen" die bereits erfolgte Berufung zur Entscheidung einer bestimmten Rechtssache verlangen; ferner Alcalay Bestechung S. 50.

2) Bei der Bestechung aus § 334 handelt es sich immer um eine zukünftige Hdlg. des Richters rc. Darüber, daß diese nicht eine Rechtsbeugung (§ 336) zu sein brauche, herrscht Uebereinstimmung; (s. auch u. N. 4). Mit Unrecht wird daraus aber (so: von Berner S. 650, Hälschner 2 1070, Merkel S. 412, Meves HH. 3 965, Rüd.-St. N. 1) gefolgert, daß § 334 gleichmäßig die Fälle pflichtmäßiger u. pflichtwidriger richterlicher Hdlgen im Auge habe; allein der Richter, welcher an Stelle des Gesetzes und des durch dieses gestatteten pflichtmäßigen Ermessens die Gewährung eines Vortheiles maßgebend sein läßt, um eine Rechtssache zu Gunsten oder zum Nachtheile eines Betheiligten zu leiten oder zu entscheiden, verletzt eben dadurch seine Amtspflicht (§ 332 N. 2); sonach erscheint die sog. richterliche Bestechung lediglich als ein besonderer Fall der Bestechung i. e. S. aus § 332 bzw. § 333; H. Meyer S. 877.

3) Die richterliche Hdlg., welche bezweckt wird, muß betreffen „eine Rechtssache, deren Leitung oder Entscheidung ihm — dem Richter rc. — obliegt".

a) Eine „Rechtssache", im Unterschiede von einer Verwaltungssache, liegt vor, wenn es darum sich handelt, über ein in Anspruch genommenes Recht nach Rechtsgrundsätzen zu entscheiden; hier (N. 1) steht speziell eine solche Rechtssache in Frage, über welche die erforderliche Entscheidung durch die technisch sog. Rechtsprechung zu erledigen ist; vgl. Hälschner 2 1068, Oppenheim Rbeugungsverbr. S. 59, 123.

b) Dem Richter rc. muß die „Leitung oder Entscheidung" der btr. Rechtssache obliegen; nach dem zu a sowie zu N. 1a Bemerkten erscheint die auf die Partikel „oder" gestützte Auslegung, als ob auch solche „Rechtssachen" in Frage kommen könnten, bei denen es einer „Entscheidung" nicht bedürfe, von vornherein ausgeschlossen; jene Worte sind nicht als koordinirt anzusehen, sondern als eine Einheit in dem Sinne aufzufassen, daß die „Leitung" der Rechtssache stets auf eine Entscheidung derselben abzielen müsse; vgl. Oppenheim aO. S. 131, Teichmüller Bestechung S. 35. Demnach kann eine Sache der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit, bei welcher ein Richter nicht in eigentlich richterlicher Eigenschaft thätig ist, nicht in Betracht kommen; so außer den beiden Genannten: Hälschner 2 1069, Meves HH. 3 971, Schütze S. 528 N. 7, Teichmann HRl. „Bestechg.", Oppenh. N. 6, Rüd.-St. N. 5; aM.: H. Meyer S. 877, Rubo N. 1, v. Schwarze N. 2, Alcalay Bestechung S. 51. Nicht richtig ist dagegen die Auffassung von Teichmüller aO., daß nur diejenige rechtsprechende Thätigkeit habe gesichert werden sollen, bei welcher eine „Rechtskraft" eintrete; vielmehr kommt das Gebiet der sog. nicht-streitigen Gerichtsbarkeit insoweit in Frage, als (landesgesetzlich) eine Rechtsprechung eingeführt ist; die dabei getroffenen Entscheidungen sind aber einer „Rechtskraft" im eigentlichen S. nicht fähig (höchstens nach Maßgabe der positiven Gesetzgebung, insofern dieselbe die Grundsätze der Rechtskraft auf dieses Gebiet übertragen hat); nicht nothwendig ist hiernach das Gegenüberstehen zweier streitender Parteien.

4) Der Zweck der Annahme rc. bzw. Gewährung eines Vortheils muß dahin gehen, daß der Richter „zu Gunsten oder zum Nachtheile eines Betheiligten leite oder entscheide", d. h. subjektiv einem der Betheiligten günstig o. ungünstig gestimmt werde (vgl. §§ 154 N. 11, 289 N. 10). Eine objektiv günstigere Gestaltung der Rechtssache für den einen o. den anderen der Betheiligten verlangt das Gesetz nicht, gehört doch nicht einmal zur Vollendung des Deliktes, daß der Richter überhaupt noch in der Rechtssache eine leitende o. entscheidende Thätigkeit ausübe (vgl. § 331 N. 8_4); so: Hälschner 2 1070, Alcalay Bestechung S. 52; aM.: Oppenh. N. 8, Rubo N. 5, v. Schwarze N. 7, Teichmüller Bestechung S. 37, durch die bezweckte Hdlg. müsse die Rechtsstellung eines Betheiligten in irgend einem Punkte (in ihrem Ergebnisse) eine günstigere o. ungünstigere werden. Mag übrigens die eine o. die andere Ansicht die zutreffende sein, so kommen bezüglich der „Leitung der Rechtssache" keinesfalls nur solche richterliche Maßnahmen in Betracht, welche die Rechtsstellung der Betheiligten berühren; vielmehr können z. B. auch Terminsbeschleunigungen oder

-verzögerungen, subjektiv und objektiv, zu Gunsten o. Ungunsten eines Betheiligten geschehen; so: Hälschner aO., v. Kirchmann N. 1, Rubo N. 5, Teichmüller aO. S. 38; vgl. auch Oppenheim Rbeugungsverbr. S. 131 (btr. § 336); aM.: Meves HH. 3 971, Oppenh. N. 8, v. Schwarze N. 7.

5) „Betheiligter" deutet schon darauf hin, daß § 334 auch bei der Leitung nicht kontradiktorischer, unter Parteien (§ 336 N. 2b) verhandelter Rechtssachen Anwendung finde; s. o. N. 3b. Jedenfalls wird aber außer Zweifel gestellt, daß auch bei einem solchen Rechtsstreit außer den „Parteien" alle diejenigen in Betracht kommen, deren Interesse an die Leitung oder Entscheidung der Rechtssache gebunden ist; Hälschner 2 1070, Meves HH. 3 971, v. Schwarze N. 8, Teichmüller Bestechung S. 38, Alcalay Bestechung S. 51.

6) Das Verbr. aus Absatz 1 ist nach obigem ein eigenthümliches Amtsdel., wie die übrigen Fälle der passiven Bestechung i. w. S.; vgl. deshalb § 331 N. 2—5. Es ist jedoch diese richterliche (passive) Bestechung nicht nothwendig auch ein Beamten-Delikt (Abschn. 28 N. 3b), weil Subjekt des Verbr. auch eine mit Verwaltung eines Amtes betraute Privatperson (N. 1) sein kann, wie namentl. ein Geschworener oder Schöffe (§ 31 N. 10), ja soweit ein Schiedsrichter Subjekt des Verbr. sein kann, ist letzteres nicht einmal ein Amtsdelikt, da der Schiedsrichter nicht Verwalter eines öffentl. Amtes ist. Da ferner nur die Verwalter bestimmter, richterlicher, Aemter Subjekt sein können, so gehört das Verbr. zu den besonderen Amtsdel. (Abschn. 28 N. 4b).

7) Das Verbr. aus Absatz 2 ist sowenig ein Amtsdelikt wie die aktive Bestechung aus § 333; vgl. deshalb das. N. 1—4. Subjekt des Verbr. kann übrigens auch ein Anderer als ein „Betheiligter" sein; Meves HH. 3 971, Schütze S. 528 N. 7, Oppenh. N. 13, v. Schwarze N. 8, Teichmüller Bestechung S. 38.

8) Wegen der Möglichkeit eines Versuchs (§ 43) des Verbr. gilt das in N. 5 zum § 332 Bemerkte unter entsprechender Ausdehnung auf den Fall der aktiven Bestechung. Hier ist der Versuch namentl. denkbar, wenn der Geschworene bzw. Schöffe zur Entscheidung der btr. Sache nicht berufen wird (N. 1c); so Schütze S. 529 N. 8; aM. müssen die Vertreter der dort gedachten gegentheiligen Ansicht sein, so insbs. auch Teichmüller aO. S. 59.

9) Wegen Theilnahme (Th. I Abschn. 3) an dem Verbr. aus Abs. 1 vgl. die hier im Verhältniß des § 334_2 zum Abs. 1 entsprechende Anwendung findende N. 6 zum § 332.

10) Wegen des Verhältnisses zum § 336 vgl. das. N. 5a.

11) Die Hauptstrafe des vollendeten Verbr. aus Abs. 1 ist Zuchthaus von 1—15 J. (§ 14_2).

Die ordentliche Hauptstr. des vollendeten Verbr. aus Abs. 2 ist Zuchthaus von 1—15 J., die für den Fall mild. Umst. (Th. I Abschn. 4 N. 13a ff.) angedrohte Hauptstr. Gefängniß von 1 T.—5 J. (§ 16).

Als Nebenstr. kann nach § 32 sowohl neben Zuchth. wie auch neben Gef. auf VdbER. erkannt werden; wegen einer anderen Nebenstr. vgl. § 335.

Der Versuch (N. 8) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen.

12) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in funfzehn Jahren.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73^{2-7}, 136^1.

§. 335.

In den Fällen der §§. 331 bis 334 ist im Urtheile das Empfangene oder der Werth desselben für dem Staate verfallen zu erklären.

PrStGB. §§ 309—313. Entw. I §§ 311—315, II § 332.

1) Das Empfangene ꝛc. „ist für dem Staate verfallen zu erklären". Die Verfallerklärung (vgl. PreßG. § 16_2) ist sonach, abweichend von der bezüglich der Einziehungen geltenden Regel (§ 40 N. 5), obligatorisch vorgeschrieben. Sie hat, wie ausdrücklich hervorgehoben wird, zu Gunsten des „Staats" (§ 40 N. 4) zu erfolgen.

2) „Das Empfangene oder der Werth desselben" ist für verfallen zu erklären.

a) Das „Empfangene" steht im Gegensatz zu dem „Versprochenen" (aM. Schütze S. 529 N. 9) und zu dem nur „Geforderten" bzw. „Angebotenen"; so die GM., insbs. RG. I

29. Sept. 84, IV 17. Nov. 91, E. 11 101, 22 270 (letzteres deshalb die Anwendbarkeit des § 335 in einem Falle verneinend, wo ein Gefangener einen Gefängnißbeamten erfolglos aufforderte, einen z. amtl. Verrechnung bereits abgelieferten Geldbetrag für sich zu behalten). Im übrigen ist aber das „Empfangene" nicht identisch mit dem seitens des Bestochenen „Angenommenen"; denn auch der einem Beamten rc. ohne seinen Willen zugegangene Vortheil, dsgl. der nur zum Schein bzw. zur Ueberführung entgegen genommene Vortheil gehört zum „Empfangenen"; so die GM., insbs. **RG.** III 29. Sept. 80 R. 2 275, IV 22. Feb. 87 E. 15 348.

b) Der „Werth des Empfangenen" — hier ausnahmsweise berücksichtigt (§ 40 N. 14) — ist durch den Richter der Straffrage festzustellen (N. 5); Rüd.-St. N. 2. Darüber, wie zu verfahren, wenn die Festsetzung des Werthes im Urtheil verabsäumt worden, vgl. u. N. 6b.

3) Wenn die Verfallerklärung „des Empfangenen oder des Werthes desselben" vorgeschrieben ist, so soll das bedeuten, daß der „Werth" für den Fall der Nichtbeitreiblichkeit des „Empfangenen" selbst für verfallen zu erklären sei; Jastrow G. 33 60 f., der daher zutreffend bemerkt, daß, wenn das „Empfangene" in „Handlungen o. Unterlassungen" bestanden habe, nur der Werth für verfallen erklärt werden könne. Dagegen werden als „empfangen" nicht blos „Sachen", wie Jastrow will, sondern auch „Forderungen" für verfallen erklärt werden können; Köbner Einziehung S. 17. Wg. der Wirkung eines dahin gehenden Urtheils s. u. N. 7. Es erscheint deshalb, wie auch Meves HH. 3 972, Oppenh. N. 4 u. Rüd.-St. N. 2 annehmen, statthaft, die Verfallerklärung alternativ bezüglich des Empfangenen oder seines Werthes auszusprechen, während Rubo N. 1, 2 solches sogar für nothwendig hält und die hinsichtlich der Erfüllung von Alternativobligationen geltenden Bestimmungen desjenigen Bundesstaats, in welchem die Verurtheilung erfolgt ist, darüber für entscheidend erachtet, ob dem Staate oder dem Verurtheilten die Wahl zustehe; aM. Alcalay Bestechung S. 59, das Gericht müsse nach s. Ermessen für das eine oder das andere sich entscheiden; so anscheinend auch H. Meyer S. 445.

4) Die richterliche Verpflichtung zur Verfallerklärung (verbo „ist") ist gesetzlich unbeschränkt; ob der Gebende an dem „Empfangenen" Eigenthum besaß o. nicht, ist gleichgültig; das Eigenthumsrecht am „Empfangenen" kommt nicht in Betracht; Meves HH. 3 972, Schütze S. 529 N. 9, v. Schwarze N. 2. Dies gilt auch dann, wenn nach der That ein Eigenthumsübergang auf einen Singularsuccessor stattgefunden hat; aM. Rubo 2. Behufs Vollstreckung des Urtheils gegen einen Dritten bedarf es allerdings der Zuziehung desselben zum Verfahren; Löwe StPO. Buch VI Abschn. 5 N. 1 A a α; so anscheinend auch Oppenh. N. 6.

5) Die Verfallerklärung trägt den Charakter einer Strafe (Th. I Abschn. 1 N. 3b[9]), nicht blos denjenigen einer polizeilichen Maßregel an sich; denn sie trifft den — der aktiven oder passiven — Bestechung für schuldig Erachteten wegen der bestehenden Ersatzpflicht selbst dann als ein Vermögensnachtheil, wenn das Eigenthum am Empfangenen nicht dem Verurtheilten zustehen sollte (N. 4); so die GM.; auch Köbner Einziehung S. 65 (allerdings wg. der ihr zu Grunde liegenden civilist. ratio eine Strafe sui generis); aM. Nissen Einziehung S. 113.

Speziell die Verfallerklärung des „Werthes des Empfangenen" ist jedoch nicht als Geldstrafe i. S. der §§ 27 ff. anzusehen (aM. Binding Grundr. S. 172), so daß für den Nichtbeitreiblichkeitsfall eine Freiheitsstrafe nicht ausgesprochen werden darf; **RG.** I 13. Juli 91 E. 22 103 (gelegentlich), Rubo N. 3, Köbner aO.

Trotzdem die Verfallerklärung nicht nothwendig alternativ zu lauten braucht (N. 3), z. B. nicht, wenn das „Empfangene" selbst in gerichtlicher Verwahrung sich befindet, so wird dennoch die alternative Verfallerklärung ev. auf Grund des § 394 StPO. in der Revisionsinstanz ausgesprochen werden dürfen, weil dieselbe höchstens bezüglich der einen Alternative etwas Ueberflüssiges enthält.

6) Das Verhältniß des § 335:

a) zum § 40 ist kein ausschließendes, vielmehr findet dieser Anwendung, wenn z. B. das unter körperlicher Darreichung „Angebotene" seitens des Beamten sofort zurückgewiesen wurde; so: **RG.** III 29. Sept. 80 R. 2 275, Oppenh. N. 8, Rüd.-St. N. 1; im Resultate übereinstimmend auch **RG.** I 29. Sept. 84 E. 11 101, wenn es — die Vorschrift des § 335 nur

als eine (zweifache) Erweiterung des § 40 ansehend (gg. diese Ansicht jedoch Köbner Einziehung S. 15 f.) — annimmt, daß zwar das „unter körperlicher Darreichung Angebotene" als bei der Bestechung „gebraucht" eingezogen werden könne, dagegen nicht das nur mündlich Angebotene, weil es auch nicht zur Begehung des Verg., sondern nur zur Erfüllung des Angebots „bestimmt" sei; ebenso Oppenh. N. 1;

b) zum § 42; eine analoge Anwendung der Vorschriften des § 42 findet nicht statt, da § 335 ausdrücklich die Verfallerklärung „im Urtheile" vorschreibt, was nach dem Zusammenhange der Bestimmungen nichts anderes bedeuten kann als „in einem eine Verurtheilung auf Grund eines der §§ 331—334 aussprechenden Urtheile"; deshalb ist, wenn die Verfallerklärung im Urtheile verabsäumt wurde, ein selbständiges Verfahren nach Maßgabe der StPO. Buch VI Abschn. 5 §§ 477 ff. nicht statthaft, sondern es kann nur durch Einlegung eines Rechtsmittels Abhülfe geschaffen werden; so die GM. Daraus ergiebt sich zugleich, daß auch eine partielle Nachholung in der Weise, daß statt des nicht einziehbaren „Empfangenen" nachträglich „der Werth desselben" für verfallen erklärt werde, unzulässig ist; so: Oppenh. N. 5, v. Schwarze N. 3; aM. Rüd.-St. N. 3, dem gegenüber jedoch zu bemerken, daß soweit § 40 konkurrirend Anwendung findet (a), insoweit ev. auch § 42 Platz greift. Wurde aber zwar der „Werth" im allgemeinen für verfallen erklärt, dagegen nur verabsäumt, den zu erstattenden Werth festzusetzen, so liegt der strafprozessualische Fall vor, daß über die „Berechnung einer erkannten Strafe" Zweifel entsteht und ist deshalb nach StPO. § 490 eine ergänzende Entscheidung des Gerichts herbeizuführen.

7) In prozessualischer Beziehung ist hervorzuheben, daß die „Verfallerklärung" im GVG. § 27[2] unter „Einziehung" mitverstanden wird, wie klar daraus hervorgeht, daß GVG. § 75[14] gegen die Regel auch beim § 331 die Ueberweisungsfähigkeit ausdrücklich ausschließt, eine Ausnahme, die sonst ganz überflüssig sein würde; RG. II 27. Feb. 85 E. 12 75. Die „Verfallerklärung des Empfangenen" wird ferner auch als „Einziehung" i. S. der StPO. § 94 zu verstehen sein. Auch wird die Wirkung des Urtheils betreffs des für verfallen erklärten „Empfangenen" dieselbe sein wie bei der Einziehung nach § 40 (das. N. 4_2); aM. Jastrow G. 33 61, wesentlich mit Rücksicht auf die Konsequenzen für das, z. B. der Emanation des StGB. von der Reichskompetenz ausgeschlossene, Immobiliarrecht.

§. 336.

Ein Beamter oder Schiedsrichter, welcher sich bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache vorsätzlich zu Gunsten oder zum Nachtheile einer Partei einer Beugung des Rechtes schuldig macht, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.

PrStGB. § 314. Entw. I § 316, II § 333.

1a) Soweit Subjekt des Verbr. aus § 336 ein „Beamter" (§ 359) ist, handelt es sich um ein eigentliches Amtsdel., das zugleich auch ein Beamten-Delikt ist (Abschn. 28 N. 1, 3b); insoweit liegt das Verbr. der Rechtsbeugung i. e. S. vor, das übrigens, da nicht jeder Verwalter eines Amtes Subjekt des Verbr. sein kann, sondern nur ein solcher Beamter, dem „die Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache" obliegt, ein besonderes Amtsdel. (Abschn. 28 N. 4b) ist. Ein derartiger „Beamter" ist nicht nothwendig „Richter" i. S. des § 334 (das. N. 1a), vielmehr können auf Grund von Spezialgesetzen auch andere Beamte mit der Leitung von Rechtssachen betraut sein; vgl. Meves HH. 3 978, 986, Schütze S. 530 N. 11.

b) Ist ein „Schiedsrichter" (§ 334 N. 1b) Subjekt des Verbr., so kann, da derselbe Verwalter eines öffentl. Amtes nicht ist (§ 334 N. 6), von einem Verbr. der Rechtsbeugung nicht eigentlich die Rede sein; vielmehr handelt es sich um einen strafb. Vertrauensbruch; Hälschner 2 1073, Oppenheim Rbeugungsverbr. S. 205.

c) Im Unterschiede vom § 334 wird der „Geschworenen und Schöffen" nicht gedacht. Bezüglich der ersteren erklärt sich dieses dadurch, daß ihnen, da sie für ihren Spruch keine Gründe anzugeben haben, eine „Rechtsbeugung" als solche nicht nachweisbar

ist; so auch Berner S. 652 u. Meves HH. 3 986 N. 14; aM. H. Meyer S. 884 u. Oppenheim aO. S. 193, die eine entsprechende gg. Geschworene gerichtete Bestimmung für sachgemäß erachten. Bezüglich der Schöffen liegt dagegen ein zureichender Grund in der That nicht vor, namentl. ist die Bemerkung Berners, daß man bei Abfassung des StGB. von Schöffen noch nichts gewußt habe, unrichtig. Es liegt hier eine Gesetzeslücke vor, wie bezüglich aller Personen, welche, ohne Beamte zu sein, an der Rechtsprechung in einer Rechtssache theilnehmen; Oppenheim aO.

2a) Die „Rechtsbeugung" i. S. des § 336 setzt zu ihrer Vollendung voraus, daß die „Rechtssache" von dem Beamten 2c. gegen das objektive Recht, d. h. unter Verletzung materieller o. prozessualer Rechtsnormen „geleitet o. entschieden" sei; so: Berner S. 652, Hälschner 2 1075, v. Kirchmann N. 1, Puchelt N. 3, v. Schwarze N. 7, Oppenheim Rbeugungsverbr. S. 86, Kohler Studien I 35; aM.: Meves HH. 3 989, Schütze S. 530, Oppenh. N. 4, Rubo N. 3. Darüber, daß eine Rechtsbeugung vorliegt, wenn der Richter gegen bessere Ueberzeugung (s. u. N. 3) Jemanden verurtheilt, gegen den nichts erwiesen ist, dessen Schuld aber später — durch Zufall — konstatirt wird, kann gar kein Zweifel sein, da hier bei der Verurtheilung gegen eine wichtige prozessualische Rechtsnorm verstoßen ist; vgl. Rüd.-St. N. 2. Im übrigen aber kann eine Verschiedenheit der Auffassung darüber, wann eine Verletzung des objektiven Rechts im obigen S. anzunehmen sei, im Einzelfalle zu einer abweichenden Beurtheilung trotz gleichen prinzipiellen Standpunktes, bzw. umgekehrt zu einer gleichen Beurtheilung trotz entgegenstehender prinzipieller Auffassung führen; so nimmt Oppenheim aO. S. 225 ff. an, daß der Richter bei Auslegung eines kontroversen Rechtssatzes das Recht beuge, sobald er gegen seine subjektive Ueberzeugung, jedoch in Uebereinstimmung mit der herrschenden Meinung bzw. mit der Rechtsprechung des höchsten Gerichtshofes, Recht spreche; zum gleichen Resultate aber gelangt Meves aO. Für die Frage jedoch, ob objektiv eine Rechtsnorm verletzt sei, kann nicht die subjektive Auffassung des btr. Beamten 2c. entscheidend sein, sondern muß hierüber das Urtheil des erkennenden Richters entscheiden.

b) Unter „Rechtssache" ist hier, wie der Ausdruck „einer Partei" völlig klar stellt, nur eine solche streitige Rechtssache zu verstehen, bei der „Parteien" sich gegenüberstehen (vgl. auch § 334 N. 3, insbs. b); so: Hälschner 2 1073 f., Meves HH. 2 979, Schütze S. 529, Oppenh. N. 2, auch Oppenheim aO. S. 125 (der freilich das Wort „Partei" für ganz einflußlos erachtet); aM.: H. Meyer S. 884, v. Schwarze N. 1a. Dagegen ist aus dem Ausdrucke „Partei" eine Einschränkung hinsichtlich des Strafverfahrens nicht zu folgern (aM. H. Meyer aO., weil eine Privatperson, nicht der Staat begünstigt o. benachtheiligt sein müsse); neben den streitigen Civilsachen kommen vielmehr unter der obigen Voraussetzung auch Strafsachen (einschließlich der Disziplinarsachen) sowie Verwaltungsstreitsachen in Betracht, mag auch hier der Träger der einen Parteirolle Vertreter einer öffentl. Behörde sein; Berner S. 652, Meves, Schütze aO. Ist übrigens „Partei" auch nicht mit „Betheiligter" i. S. des § 334 (das. N. 5) für identisch zu erachten (so jedoch Schütze S. 530 N. 11), so ist der Ausdruck nicht gerade auf die sog. Hauptparteien eines Rechtsstreites zu beschränken; Hälschner 2 1074, Meves HH. 3 980, Oppenh. N. 3, v. Schwarze N. 2, Oppenheim aO. S. 129.

c) Die Rechtsbeugung kann allg. Grundsätzen gemäß auch durch eine „Unterlassung" (§ 1 N. 3a) verübt werden; H. Meyer S. 884, Schütze S. 530, Sturm Unterlassungsdel. S. 380.

3) In subjektiver Beziehung ist erforderlich, daß die Rechtssache „vorsätzlich zu Gunsten oder zum Nachtheile eine Partei" geleitet o. entschieden werde. Der Beamte 2c. muß daher die Ungerechtigkeit wollen und der Ueberzeugung sein, daß er eine solche begehe; Oppenheim Rbeugungsverbr. S. 215 f. Da übrigens die Worte „zu Gunsten o. zum Nachtheile einer Partei" auch nur die subjektive Richtung kennzeichnen (§ 334 N. 4), so braucht der Wille nur auf die Begünstgg. o. Benachtheilgg. einer Partei zu gehen (aM. Oppenh. N. 4), wenn auch nach dem o. N. 2b Bemerkten dies thatsächlich zugleich umgekehrt zur Benachtheilgg. o. Begünstgg. der anderen Partei gereichen würde; Oppenheim aO. S. 131 erachtet diesen Effekt jedoch nicht für nothwendig.

Das Motiv, aus dem die Rechtsbeugung entsprungen, ist gleichgültig; Schütze S. 530, Oppenh. N. 4.

4) Ein Versuch (§ 43) des Verbr. ist denkbar, so namentl. dann, wenn es der Entscheidung eines Kollegiums bedarf; so: Hälschner **2** 1070, Oppenh. Rbeugungsverbr. S. 227; aM. Rüd.-St. N. 5. Daß durch nur subjektiv unrichtiges, objektiv aber richtiges Judiziren ein strafb. Vers. begangen werde, verneint Kohler Studien **1** 35.

5a) Mit dem Verbr. der sog. passiven Bestechung aus § 334 bzw. § 332 (wenn ein anderer Beamter als ein Richter Subjekt des Verbr. ist) kann Idealkonk. (§ 73) eintreten; so: Berner S. 653, Meves HH. **3** 986 N. 13, Schütze S. 530 N. 10, v. Schwarze N. 1 A. 2; aM. Oppenh. N. 5 u. Rüd.-St. N. 4, die in der Regel Realkonk. (§ 74) annehmen.

b) Wegen des Verhältnisses zum § 343 vgl. das. N. 6, zum § 344 das. N. 6.

6) Die Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus von 1—5 J. (§ 14_2), neben welchem nach § 32 VbbER. erkannt werden kann. Der Versuch (N. 4) ist nach den §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in funfzehn Jahren.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. § 73[2].

§. 338.*)

Ein Religionsdiener oder Personenstandsbeamter, welcher wissend, daß eine Person verheirathet ist, eine neue Ehe derselben schließt, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.

PrStGB. § 139 Abs. 2. Entw. I § 318, II § 335.

1) Das Verbr. aus § 338 ist ein eigentliches Amtsdelikt (Abschn. 28 N. 1).

Subjekt desselben ist ein „Religionsdiener oder Personenstandsbeamter", also, da ersterer hier nur insofern genannt ist, als er standesamtliche Funktionen auszuüben hat, folglich in amtlicher Eigenschaft thätig ist, unbedingt ein Beamter (§ 359), so daß das Delikt stets auch ein Beamten-Delikt ist (Abschn. 28 N. 3a). Nachdem übrigens das Recht, eine bürgerlich gültige Ehe zu schließen, auf Grund der ReichsG. v. 4. Mai 1870, 6. Feb. 1875 u. 20. Jan. 1879 lediglich „Personenstandsbeamten", d. h. Standesbeamten oder mit Wahrnehmung standesamtlicher Rechte betrauten Personen, verliehen worden (vgl. § 171 N. 4_3), kommen Religionsdiener" (§ 130a N. 2) als Subjekte des Verbr. aus § 338 nur unter ganz besonderen Verhältnissen in Betracht, so bei Grenzpfarreien, deren Gebiet ins Ausl. sich erstreckt; Hälschner **2** 1085, H. Meyer S. 889, v. Schwarze N. 1 A. 6.

Da das Verbr. aus § 338 nur von bestimmten Beamten begangen werden kann, so gehört es zu den besonderen Amtsdelikten (Abschn. 28 N. 4a).

2) Darüber, wann eine Person als „verheirathet" anzusehen sei, sowie wegen „Schließung einer neuen Ehe" vgl. § 171 N. 2—4.

3) Ein Versuch (§ 43) des Verbr. ist denkbar; vgl. § 171 N. 8.

Wegen Theilnahme (Th. I Abschn. 3) der Zeugen an dem Amtsverbr. sowie wegen des Verhältnisses zum § 171 vgl. das. N. 4_6 i. V. mit Abschnitt 28 N 8.

4) Die Hauptstrafe des vollendeten Verbr ist Zuchthaus von 1—5 J. (§ 14_2), neben welchem nach § 32 VbbER. erkannt werden kann. Der Versuch (N. 3) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 strafbar.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in funfzehn Jahren; die Spezialbestimmung des § 171_3 findet nach dem N. 3 Bemerkten hier keine Anwendung; Meves HH. **3** 1009, F. Meyer N. 3, Oppenh. N. 5.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. § 73[2].

---

*) § 337 ist ersetzt durch den § 67 des G. über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung v. 6. Februar 1875 (RGBl. S. 23); so die Bemerkung in der Bekanntmachung des Textes des StGB. auf Grund der StGN. Art. V; vgl. das. N. 1.

§. 339.

Ein Beamter, welcher durch Mißbrauch seiner Amtsgewalt oder durch Androhung eines bestimmten Mißbrauchs derselben Jemand zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung widerrechtlich nöthigt, wird mit Gefängniß bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

In den Fällen der §§. 106, 107, 167 und 253 tritt die daselbst angedrohte Strafe ein, wenn die Handlung von einem Beamten, wenn auch ohne Gewalt oder Drohung, aber durch Mißbrauch seiner Amtsgewalt oder Androhung eines bestimmten Mißbrauchs derselben begangen ist.

PrStGB. § 315. Entw. I § 319, II § 336. Aktenst. Nr. 105, 175 22, 182 47. StB. S. 1175.
Vgl. § 358.

1) Sowohl das Delikt aus Abs. 1 als auch die Delikte aus Abs. 3 erfordern als Thatbestandsmerkmal „Mißbrauch der Amtsgewalt oder Androhung eines bestimmten Mißbrauchs derselben". Hieraus folgt, daß sämmtliche Delikte aus § 339 eigentliche Amtsdelikte (Abschn. 28 N. 1) sind; vgl. jedoch Oppenheim Rbeugungsverbr. S. 9.

2) Subjekt der Delikte aus § 339 muß ein „Beamter" (§ 359) sein, die Delikte sind daher zugleich Beamten-Delikte (Abschn. 28 N. 3a).

Aber nicht jeder Beamte kann Subjekt eines Deliktes aus § 339 sein, sondern nur ein solcher, welchem eine „Amtsgewalt" zusteht (N. 3); aM. Rüd.-St N. 1, auch Anmaßung einer Amtsgewalt können zum Delikt des § 339 führen. Die Amtsdelikte aus § 339 sind sonach sog. besondere (Abschn. 28 N. 4b); aM.: Hälschner 2 1047, H. Meyer S. 881 N. 51.

3) Unter „Amtsgewalt" ist der Inbegriff derjenigen Befugnisse eines Beamten zu verstehen, welche ihn berechtigen, unter gewissen Voraussetzungen zu Zwangsmaßregeln überzugehen; es steht sonach keineswegs einem jeden Beamten eine Amtsgewalt zu; so Oppenh. N. 3, im wesentlichen auch Rubo N. 2; aM. RG. II 30. Nov. 83 E. 9 228, das weitergehend den § 339 auf alle Beamte bezieht, welche durch Mißbrauch ihrer Amtsgewalt mittelbar o. unmittelbar in der Lage seien, einen bestimmten Erfolg herbeizuführen, ferner: Hälschner 2 1047 (eine Amtsgewalt stehe jedem Beamten zu, der eine obrigkeitl. Gewalt habe), Meves HH. 3 974 (Amtsgewalt sei der Inbegriff aller einem Beamten anvertrauten Funktionen), Rüd.-St. N. 1.

4) Ein „Mißbrauch (vgl. § 176 N. 13) seiner Amtsgewalt", d. h. derjenigen des btr. Beamten, liegt vor, wenn er bei Anwendung von — ihm in abstracto zustehenden (vgl. „seiner") — Zwangsmaßregeln die hierfür durch Gesetz u. Dienstinstruktionen gegebenen Vorschriften verletzt, namentl. also beim Mangel der nothwendigen Voraussetzungen zu jenen Maßregeln schreitet; so im wesentlichen: Meves HH. 3 974, Hälschner 2 1047, Oppenh. N. 3, v. Schwarze N. 4, letztere drei sowie Dresden 23. März 77 St. 7 357 unter zutreffender Hervorhebung, daß Anmaßung fremder Kompetenz nicht hierher gehöre. Der „Mißbrauch" kann auch in einer Unterlassung bestehen; so Hälschner aO. u. v. Schwarze N. 7; unrichtig Rubo N. 3 in der Abgrenzung, wann der Mißbrauch in einem „Thun", wann derselbe in einem „Unterlassen" bestehen müsse. Bejaht wurde ein „Mißbrauch der Amtsgewalt" von Berlin 22. Juni 78 O. 19 325 in einem Falle, wo ein Polizeibeamter widerrechtlich die Ertheilung der Bescheinigung zur Abhaltung einer Versammlung verweigerte und nachher selbige wegen fehlender Bescheinigung auflöste.

Die „Androhung (vgl. § 48 N. 11a) eines bestimmten Mißbrauchs der Amtsgewalt" bedingt, daß die zu ergreifende konkrete Zwangsmaßregel erkennbar bezeichnet werde; Hälschner u. Meves aO. Angenommen wurde dieses Thatbestandsmerkmal von RG. III 1. Juli 82 R. 4 667 bei der Drohung eines Polizeianwalts mit polizeilicher Untersuchung und Bestrafung, wenn einem bestimmten rechtlich unbegründeten Befehl nicht gehorchen werde.

5) Das Verg. aus Absatz 1 enthält im übrigen völlig den Thatbestand der Nöthigung aus § 240; so insbs. hinsichtlich der Widerrechtlichkeit: RG. III 10. Mai 83 E. 8 302, Hälschner 2 1047, v. Liszt S. 596. Abgesehen davon, daß der Thäter ein „Beamter" sein muß, besteht

die Modifikation lediglich darin, daß die in N. 4 gedachten Mittel der Nöthigung an Stelle „der Gewalt oder Bedrohung mit einem V. o. V." treten. Demnach ist nothwendig, daß der Amtsmißbrauch &c. der Hdlg. vorhergehe, was von Berlin 28. Mai 75 St. 5 168 in concreto verneint wurde, weil nur in Hinsicht auf den Charakter des Beamten ein künftiger Amtsmißbrauch befürchtet wurde.

In ähnlicher Weise sind die Delikte aus Absatz 3 nur Modifikationen derjenigen aus den §§ 106, 107, 167 bzw. 253; die Fassung des Abs. 3 ist freilich hinsichtlich der Worte „wenn auch ohne . . . Drohung, aber' insofern ungenau, als die §§ 167 u. 253 ganz allgemein eine „Drohung" verlangen, welchem Erfordernisse die „Androhung eines bestimmten Mißbrauchs der Amtsgewalt" entsprechen würde.

6) Der Dolus erfordert namentl. das Bewußtsein des Mißbrauchs der Amtsgewalt; so die GM., insbs. Dresden 23. März 77 St. 7 357; aM. F. Meyer N. 3, der auch schon fahrlässige Ueberschreitung der Amtsgewalt für ausreichend erachtet.

7) Der Versuch (§ 43) des Verg. aus Abs. 1 ist im Abs. 2 ausdrücklich für strafbar erklärt; bezüglich des Versuchs der Delikte aus Abs. 3 gelten die allgemeinen bzw. die in den angezogenen §§. gegebenen besonderen Bestimmungen; so: Hälschner 2 1048, v. Schwarze N. 10; aM. Meves HH. 3 976f., der Abs. 2 beziehe sich auch auf Abs. 3.

Hiernach ist der Versuch des Verg. aus Abs. 3 i. V. mit § 107 bzw. § 253 nach den dortigen Bestimmungen, derjenige des Verbr. aus Abs. 3 i. V. mit § 106 nach § 43 strafbar und nur der Versuch des Verg. aus Abs. 3 i. V. mit § 167 straflos; so auch Oppenh. N. 7, der jedoch irrthümlich neben § 167 auch noch § 107 nennt.

8) Wegen des Verhältnisses zum § 353 vgl. daselbst.

9) Die Hauptstrafe des vollendeten Verg. aus Abs. 1 ist Gefängniß von 1 T. bis 5 J. (§ 16); wegen einer Nebenstr. vgl. § 358. Der Versuch (N. 7) ist nach § 44, insbs. Abs. 4, zu bestrafen (vgl. auch § 45 N. 1_3).

Die Strafverfolgung verjährt im Falle des Abs. 1 nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist für das Verg. aus Abs. 1 Strafk.; GVG. §§ 73[1], 27.

Wegen Strafe, Verjährung und Zuständigkeit in den Fällen des Abs. 3 vgl. die dort citt. §§.

§. 340.

Ein Beamter, welcher in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung seines Amtes vorsätzlich eine Körperverletzung begeht oder begehen läßt, wird mit Gefängniß nicht unter drei Monaten bestraft. Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann die Strafe bis auf Einen Tag Gefängniß ermäßigt oder auf Geldstrafe bis zu neunhundert Mark erkannt werden.

Ist die Körperverletzung eine schwere, so ist auf Zuchthaus nicht unter zwei Jahren zu erkennen. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter drei Monaten ein.

PrStGB. § 316. Entw. I § 320, II § 337. Aktenst. Nr. 105.

Vgl. § 358.

1) Die Delikte aus § 340 sind uneigentliche Amtsdel. (Abschn. 28 N. 2; s. u. N. 6a).

Da Subjekt derselben nur ein Beamter (§ 359), andererseits aber ein jeder Beamter sein kann, so gehören die Delikte zu den sog. allgemeinen Amtsdel. und sind zugleich Beamten-Delikte (Abschn. 28 N. 3a, 4a).

2) Der Thatbestand erfordert im allgem. eine „vorsätzliche Körperverletzung" (§ 223), derjenige aus Abs. 2 im besonderen eine „schwere Körperverletzung" (§ 224, insbs. N. 1_2). Der Begriff der „Körperverletzung" ist auch im § 340 keineswegs auf „Gesundheitsbeschädigung" zu beschränken; Dresden 21. Aug. 76 St. 7 193.

Hiernach hat die in Ausübung &c. des Amtes begangene Körperverltzg. die allgemeinen Vorbedingungen der Strafbarkeit mit den gemeinen Körperverltzgen der §§ 223 ff. des Abschn. 17 gemein; RG. II 4. Juli 82 E. 6 432.

3) Der Beamte, als Subjekt des Delikts, braucht die Körperverletzung nicht selbst zu „begehen", es genügt vielmehr, wenn er sie „begehen läßt". Die Bedeutung des „Lassens" betreffend, so ergiebt sich zunächst aus dem Zusammenhange der §§ 340, 341, 343, 345, wo der Ausdruck wiederkehrt, daß ein bloßes „geschehen lassen", ein „Nicht-Hindern" bzw. das „Unterlassen der Abhaltung Dritter von der Begehung der Körperverltzg. 2c." (vgl. die §§ 346, 347, 357) bei Kenntniß von der btr. Maßregel 2c. nicht ausreicht; andererseits erscheint die positive Anordnung der Maßregel nicht nothwendig, vielmehr genügt eine im Zusammenhange mit der Amtsübung (N. 4) sich bewegende Mitwirkung des Beamten, durch welche der in den §§ 340 2c. vorausgesetzte Erfolg herbeigeführt wird, wobei der allg. Regel (Th. I Abschn. 3 N. 3) entsprechend die Mitwirkung unter Umständen auch in einer Unterlassung bestehen kann. So im wesentlichen: **RG.** I 9. Jan. 82 **E. 5** 332, Hälschner **2** 1048, Meves **HH. 3** 952, Schütze S. 534 N. 8, Oppenh. N. 5, Rüd.-St. N. 2, Wahlberg ZfStRW. **2** 177, Sturm Unterlassungsdel. S. 380, Oppenheim Rbeugungsverbr. S. 221 (btr. § 343), auch Landsberg Kommissivdel. S. 213. AM.: Geyer **2** 196, v. Liszt S. 597, H. Meyer S. 882, F. Meyer N. 2, Puchelt N. 1, Rubo N. 4, v. Schwarze N. 3, Aldosser Unterlassungsdel. S. 132, welche darunter ein doppeltes, d. h. sowohl das (passive) Geschehenlassen als auch das (positive) Anordnen der Vollziehung, verstehen. Ob der die Körperverltzg. begehende Dritte selbst strafbar oder als willenloses Werkzeug straffrei ist, kommt nicht in Betracht; so die GM.

4) Der Beamte muß die in N. 3 bezeichnete Thätigkeit „in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung des Amtes" (§ 130a N. 4a, b) entwickelt haben. Ob die Amtsübung an sich eine rechtmäßige war oder nicht, ist gleichgültig; **RG.** I 23. Feb. 88 **E. 17** 165, Hälschner **2** 1049, Meves **HH. 3** 950; insbs. auch, ob dem Beamten an sich Gewalteinschreitungen zustanden oder nicht; **RG.** I 23. Nov. 85 **R. 7** 691. Nicht jede „mit Uebertretung einer Amtspflicht" (§ 232 N. 2) begangene vorsätzl. Körperverltzg. fällt nothwendig unter § 340; **RG.** I 17. Nov. 83 **E. 9** 204.

5) Die objektive Rechtswidrigkeit der Hdlg. (§ 223 N. 9) ist — abgesehen von der Einwilligung des Verletzten (N. 6) — häufig durch Gesetze und Instruktionen ausgeschlossen, welche dem Beamten die Begehung einer Körperverltzg. unter Umständen gestatten bzw. zur Pflicht machen. Wegen der Schulzucht vgl. insbs. § 223 N. 10. In Betracht kommen hier namentl. auch die Gesetze über den Waffengebrauch; für Preußen vgl. Berlin 22. Feb. 77 **O. 18** 163.

Angenommen wurde die Rechtswidrigkeit von Dresden 21. Aug. 76 St. **7** 193 in einem Falle, wo ein Gefangenaufseher lediglich deshalb, weil der Gefangene der Aufforderung, sich ruhig zu verhalten, nicht nachkam, zu einer körperl. Mißhdlg. schritt.

6) Bezüglich des Verhältnisses des § 340 zu den gemeinen Delikten der vorsätzl. Körperverltzg. (Abschn. 17) ist zunächst hervorzuheben, daß die allgemeinen Bedingungen der Strafbarkeit dort dieselben sein müssen wie hier (N. 2); **RG.** II 4. Juli 82 **E. 6** 432. Daraus folgt insbs., daß auch im Falle des § 340, ebenso wie bei der gemeinen vorsätzl. Körperverltzg. (§ 223 N. 9_2), die Rechtswidrigkeit (N. 5) durch die Einwilligung des Verletzten ausgeschlossen wird; bei dieser Einwilligung liegt das Delikt einer Körperverltzg. überhaupt nicht vor; so Keßler GS. **38** 577; aM. Binding **1** 728. Bezüglich des Verhältnisses zu den einzelnen strafb. Hdlgen aus Abschn. 17 gilt Folgendes:

a) Gegenüber der einfachen Körperverltzg. aus § 223_1 bzw. der schweren aus § 224 sind die Amtsdel. aus Abs. 1 bzw. Abs. 2 die spezielleren, da die Eigenschaft des Thäters als Beamten (N. 1) i. V. mit dem „Amtsmißbrauch" (N. 4) lediglich straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 sind; **RG.** II 22. Mai 85 **E. 12** 223.

b) Mit den §§ 223_2, 223a, 225 ist Idealkonk. denkbar, da die Delikte aus § 340 durch die unter a hervorgehobenen Momente, die gemeinen Delikte aber durch die straferhöh. Umst. der §§ 223_2, 223a bzw. durch die im § 225 erforderliche Absicht spezieller sind, folglich kein Delikt das andere ausschließt; so cit. **RG.** 22. Mai 85; aM. **RG.** II 4. Juli 82 **E. 6** 432, I 20. März 84 **R. 6** 212, beide Idealkonk. des § 340 mit § 223a verneinend, ferner Hälschner **2** 1049 u. H. Meyer S. 881. Nach § 73 ist die Strafe übrigens stets aus § 340 zu bemessen.

Was speziell das Verhältniß zum § 225 betrifft, so beruht es auf einem Redaktionsfehler, daß zwar das — nach § 73 N. 29 Ia — schwerere Strafgesetz des § 340 im Abs. 2 mild. Umst. zuläßt, dagegen § 225 nicht; so: Hälschner **2** 1050, H. Meyer aO., Meves HH. **3** 953 N. 8, Geyer GS. **26** 334, John G. **25** 409; aM.: Thomsen GS. **30** 97 (der Satz 2 des § 340₂ sei „relativ und retrospektiv, nicht konstitutiv", treffe folglich nur Bestimmung „wenn und wo beim gemeinen Delikte mild. Umst. zugelassen seien"), Oppenh. N. 7, es schließe § 225 den Satz 2 des § 340₂ aus.

c) Mit den §§ 226, 228 ist gleichfalls Idealkonk. möglich (vgl. oben b), jedoch ist die Strafe nach § 73 stets aus jenen §§. zu bemessen; so cit. **RG.** 22. Mai 85; dagegen wollen Hälschner aO., Meves HH. **3** 952 u. Oppenh. N. 7 überhaupt die §§ 226, 228 ausschließlich anwenden.

7) Hinsichtlich der Anwendbarkeit der besonderen Vorschriften der §§ 231—233 auf die Fälle des § 340 ist hervorzuheben:

a) Auf Buße darf erkannt werden. So: **RG.** II 22. Mai 85 E. **12** 223, I 31. Mai 86 R. **8** 409 (bei der Bestimmung des § 231 sei zweifellos nur an Körperverletzgen i. S. der §§ 223 ff. gedacht, aber eine vorsätzl. zugefügte K. höre deshalb nicht auf, eine solche zu sein, weil sie von einem Beamten in Ausübung seines Berufs zugefügt sei), Hälschner **2** 1050 (es stehe auch § 73 nicht entgegen, weil ein Fall der Idealkonk. überhaupt nicht vorliege, ferner lasse die Fassung des § 231 eine Beschränkung seiner Anwendbarkeit auf Abschn. 17 nicht zu), v. Liszt S. 597, H. Meyer S. 882, F. Meyer N. 4, Puchelt § 231 N. 2, Rubo N. 10, Wächter Buße S. 53, Habermaas Idealkonk. S. 30, Reinhardt Geldstr. S. 35. AM.: Meves HH. **3** 952, Oppenh. N. 10, Rüd.-St. N. 7, v. Schwarze N. 5 u. GS. **24** 284, früher auch **RG.** II 16. Jan. 83 R. **5** 35, I 17. Nov. 83 E. **9** 204.

b) Ein Strafantrag ist nicht erforderlich; so die GM.

c) Die Kompensationsfähigkeit ist unbedingt ausgeschlossen, mag § 340 gegen einen oder gegen beide Angeschuldigte Anwendung finden; so: **RG.** II 4. Juli 82 E. **6** 432, Geyer **2** 21, 196, Hälschner **2** 1050, Merkel S. 300, Meves HH. **3** 952, F. Meyer N. 4, Oppenh. N. 9, Rüd.-St. N. 8, v. Schwarze N. 5, Kronecker GS. **41** 207; aM.: Berlin 15. Juni 77 St. **7** 303 (welches die Straffreiheit eines die Körperverletzg. seitens eines Beamten Erwidernden für statthaft erachtete), Blum § 233 N. 2, v. Kirchmann § 233 N. 1, Puchelt N. 1.

Uebrigens gilt dasselbe auch bezüglich der von Personen des Soldatenstandes (MStGB. §§ 125, 122) bzw. von PrGendarmen (PrMStGB. §§ 188, 183) in Ausübung des Dienstes 2c. verübten Körperverletzgen.

8) Ein Versuch des Verbr. aus Abs. 2 ist nicht denkbar; vgl. §§ 43 N. 5, 224 N. 13.

9) Die ordentliche Hauptstrafe des Verg. (Abs. 1) ist Gefängniß von 3 Mt. bis 5 J. (§ 16), die für den Fall mild. Umst. (Th. I Abschn. 4 N. 13b ff.) angedrohte Hauptstrafe wahlweise Gefängniß von 1 T.—5 J. o. Geldstr. von 3—900 M. (§ 27), wobei die Bestimmung des Höchstbetrages der letzteren Angesichts des § 223₁ auf einem durch die StGN. veranlaßten Redaktionsfehler beruht. Wegen einer Nebenstr. vgl. § 358.

Die ordentliche Hauptstrafe des Verbr. (Abs. 2) ist Zuchthaus von 2—15 J. (§ 14₂), die für den Fall mild. Umst. (Th. I Abschn. 4 N. 13a ff.) angedrohte Hauptstr. Gefängniß von 3 Mt.—5 J. Als Nebenstr. kann nach § 32 sowohl neben Zuchth. wie neben Gef. VdbER. erkannt werden.

10) Die Strafverfolgung verjährt beim Verg. (Abs. 1) nach § 67₂ in fünf, beim Verbr. (Abs. 2) nach § 67₁ in funfzehn Jahren.

Zuständig ist: wegen des Verg. (Abs. 1) **Strafk.**; GVG. §§ 73¹, 27;
wegen des Verbr. (Abs. 2) **SchwG.**; GVG. §§ 80, 73²⁻⁷, 136¹.

§. 341.

Ein Beamter, welcher vorsätzlich, ohne hierzu berechtigt zu sein, eine Verhaftung oder vorläufige Ergreifung und Festnahme oder Zwangsgestellung vornimmt oder vornehmen läßt, oder die Dauer einer Freiheitsentziehung ver-

längert, wird nach Vorschrift des §. 239, jedoch mindestens mit Gefängniß von drei Monaten bestraft.

PrStGB. § 317. Entw. I § 321, II § 338. Aktenst. Nr. 105, 119 15, 193 I 6, II. StB. S. 754—757, 1175 f.

Vgl. § 358.

1) Subjekt des Deliktes aus § 341 muß ein Beamter (§ 359), kann aber andererseits ein jeder Beamter sein, so daß das Delikt zu den sog. allgemeinen Amtsdelikten gehört und zugleich ein Beamten-Delikt ist (Abschn. 28 N. 3a, 4a); Hälschner 2 1052, Rüd.-St. N. 1; vgl. auch Mannheim 29. Feb. 72 St. **1** 309 u. Berlin 17. Mai 76 O. **17** 356, die § 341 nicht nur auf diejenigen Beamten, welche überhaupt keine Berechtigung zur Vornahme o. Anordnung von Verhaftungen haben, sondern auch auf an sich dazu befugte Beamte anzuwenden.

2) Wegen der äußeren Handlung ist auf den Thatbestand der gemeinen Freiheitsberaubung aus § 239 zu verweisen, jedoch läßt § 341 die Modifikation zu, daß der Beamte die Verhaftung nicht selbst vorzunehmen braucht, sondern auch „vornehmen lassen" kann (vgl. deshalb § 340 N. 3).

Im übrigen spezialisirt § 341 lediglich hinsichtlich der Art, in welcher die Freiheitsberaubung vor sich gegangen sein muß; in dieser Beziehung wird alternativ erfordert:

a. eine „Verhaftuug", gleichgültig ob im Straf-, Civilprozeß- o. Konkursverfahren (vgl. StPO. §§ 112 ff., CPO. § 775, KO. § 98), oder ob im Disziplinarverfahren, sei es gegen Beamte oder gegen Personen des Beurlaubtenstandes;

b. eine „vorläufige Ergreifung und Festnahme", sei es auf Grund der die „vorläufige Festnahme" regelnden §§ 127 ff. der StPO., sei es auf Grund besonderer Gesetze, z. B. nach dem PrG. v. 12. Feb. 1850, dessen § 6 die „vorläufige Verwahrung" regelt; hierher wird auch unter Umständen die Einsperrung in eine Kranken- o. Irrenanstalt zu rechnen sein, die Oppenh. N. 3 als „Verhaftung" ansieht, Puchelt N. 2 aber lediglich nach § 239 beurtheilt sehen will; übrigens ist aus der kumulativen Verbindung „Ergreifung u. Festnahme" zu folgern, daß eine bloße Ergreifung bei sofortiger Entlassung nicht unter § 341 fallen kann; Hälschner 2 1051, Meves HH. **3** 953, Oppenh. N. 2;

c. eine „Zwangsgestellung", d. h. die jetzt sog. Vorführung; vgl. StPO. §§ 133 f., 229, 235, 370, 427, 489, KO. § 98;

d. eine „Verlängerung der Dauer der — an sich berechtigten — Freiheitsentziehung", vorausgesetzt, daß es nicht um eine auf einem Strafurtheil beruhende Freiheitsentziehung sich handelt, weil dann § 345 Platz greift; Hälschner 2 1052, Meves HH. **3** 953; diese Alternative erachte für vorliegend **RG.** II 14. Jan., 23. Sept. 87, R. **9** 455, 456 im Falle einer poliz. Verwahrung auf Grund des PrG. v. 12. Feb. 1850 § 6 gegenüber einem Beamten, welcher die Freiheitsentziehung fortbauern ließ trotz Ueberzeugung, daß dieselbe entweder von vornherein auf einem thats. o. rechtl. Mißverständnisse beruhe, oder daß der Grund für deren Anordnung fortgefallen sei.

3) „Vorsätzlich, ohne hierzu berechtigt zu sein," heißt es im § 341 gegenüber dem „vorsätzlich u. widerrechtlich" im § 239; da diese letztere vom Entw. II § 338 gleichfalls vorgeschlagene Fassung seitens der RTkommission verworfen und jene Erstere substituirt wurde, so ist anzunehmen, daß man damit auch einen sachlichen Unterschied andeuten wollte; Rubo N. 3 findet denselben darin, daß § 239 von Verletzung eines bestehenden Rechts spreche und folglich bei Nichtkenntniß der Widerrechtlichkeit § 59 Platz greife, während dessen Anwendbarkeit bei dem, das Fehlen einer Berechtigung erfordernden, § 341 ausgeschlossen sei. Die Natur der über den Schutz der persönl. Freiheit gegebenen Vorschriften bedingt jedoch, daß eine Verhaftung 2c., welche seitens eines Beamten „ohne Berechtigung" vorgenommen wird, zugleich „widerrechtlich" ist; da nun aber bei dem vorsätzl. Delikte aus § 341 jedenfalls dem Thäter das Bewußtsein mangelnder Berechtigung beiwohnen muß (was durch die im RT. erfolgte Ablehnung eines auf Bestrafung auch der fahrl. Verhaftung seitens eines Beamten gerichteten Antrages bestätigt wird), so ergiebt sich, daß im Resultate

ein sachlicher Unterschied dennoch nicht vorliegt; so: RG. III 15. Feb. 83 E. 8 104, Geyer 2 196, Hälschner 2 1052, Rüd.-St. N. 2, Sontag G. 19 296 sowie Dresden 8. Nov. 75 St. 6 376, welches das „Bewußtsein des Mangels der Berechtigung" erfordert.

Wegen Ausschlusses der Widerrechtlichkeit durch die Einwilligung des Verletzten gilt das in N. 6 zum § 340 Bemerkte entsprechend; so Keßler GS. 38 577; aM. Binding 1 728.

4) Aus den Ausführungen in den N. 2, 3 folgt, daß das Delikt aus § 341 ein uneigentliches Amtsdelikt. (Abschn. 28 N. 2) ist, bei welchem die Beamteneigenschaft des Thäters gegenüber dem gemeinen Delikte aus § 239 einen straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 bildet (vgl. deshalb § 50 N. 4 I e); denn selbst soweit die Freiheitsberaubung durch Hdlgen begangen wird, die, wie eine „Verhaftung", an sich nur der Verwalter eines Amtes vornehmen darf, steht doch nur die — lediglich in einer bestimmten Modalität sich darstellende — Verletzung derselben, an Alle gleichmäßig sich wendenden Norm in Frage; vgl. jedoch Oppenheim Rbeugungsverbr. S. 26 u. Ortloff Ueberschreitungen d. Züchtigungsr. (Neuwied, Leipzig 1891) S. 70.

5) Wegen Theilnahme (Th. I Abschn. 3) vgl. o. N. 4 i. V. mit Abschn. 28 N. 8 sowie das § 239 N. 5 cit. Berlin 3. Nov. 77 O. 18 690.

6) Wegen der Strafe vgl. § 239 N. 13; die im Falle der Abs. 2, 3 des § 239 zugelassenen mild. Umst. können auch beim § 341 zur Anwendung kommen (zweifelhaft ist Meves HH. 3 954), jedoch beträgt das Strafminimum im Falle des § 239_2 nach der Vorschrift des § 341 nicht einen, sondern drei Monate; Hälschner 2 1052, Oppenh. N. 8. Wegen einer Nebenstr. vgl. § 358.

Wegen Verjährung und Zuständigkeit vgl. § 239 N. 14.

§. 342.

Ein Beamter, der in der Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung seines Amtes einen Hausfriedensbruch (§. 123) begeht, wird mit Gefängniß bis zu Einem Jahre oder mit Geldstrafe bis zu neunhundert Mark bestraft.

PrStGB. § 318. Entw. I § 322, II (fehlt). Aktenst. Nr. 105. StB. S. 757.

1) Das Verg. aus § 342 ist ein uneigentliches Amtsdelikt (Abschn. 28 N. 2), indem gegenüber dem gemeinen Delikte des Hausfriedensbr. (§ 123) die Eigenschaft als „Beamter" i. V. mit dem durch die Worte „in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung seines Amtes" (vgl. § 340 N. 4) charakterisirten Amtsmißbrauch die straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 bilden (vgl. deshalb § 50 N. 4 I e).

Da Subjekt des Verg. ein „Beamter" (§ 359) sein muß, andererseits aber ein jeder Beamter sein kann, so gehört dasselbe zu den sog. allgemeinen Amtsdel. und ist zugleich ein Beamten-Delikt (Abschn. 28 N. 3 a, 4 a); Hälschner 2 1053. Auf Personen, die, ohne Beamte zu sein, dennoch auf Grund amtlicher Befugniß das Recht zum Betreten fremder Räume haben und dabei einer Ueberschreitung ihres Rechtes sich schuldig machen, findet § 342 keine Anwendung; vgl. RG. III 7. Mai 88 R. 10 385 (btr. der Geistlichen der evangel. luth. Landeskirche in Mecklenburg).

2) In objektiver Beziehung ist hervorzuheben, daß das öffentliche Recht (§ 123 N. 12 a β, 15) den Beamten vielfach das Recht gewährt, in fremde Wohnungen einzudringen bzw. in denselben zu verweilen. An reichsrechtl. Bestimmungen kommen hier namentl. die Vorschriften der StPO. und der CPO. über Haussuchungen, Zwangsvollstreckungen und Zustellungen in Betracht. Wegen in der Praxis des RG. zur Erörterung gekommener Fragen vgl. übrigens § 113 N. 19 d, auch c u. f.

Das Recht eines Beamten zum Verweilen in einer fremden Wohnung kann durch Ueberschreitung aufhören; das findet z. B. statt, wenn ein Beamter, der einen fremden Raum zum Zwecke einer dienstlichen Verrichtung betreten hat, demnächst seine Amtsthätigkeit in ungehöriger Weise unterbricht, oder wenn ein Beamter durch seinen Zustand bzw. sein Verhalten den ordnungsmäßigen Geschäftsbetrieb im Amtslokale stört; Berlin OAG. 21. Sept. 72, OTr. 21. Nov. 77, St. 2 45, 8 108.

3) Wegen des Dolus vgl. § 123 N. 19. Gegen die GM. folgert übrigens v. Kirchmann N. 1 aus dem Fehlen einer Bestimmung über den Dolus im § 342, daß ein solcher lediglich insoweit nöthig sei, als § 123 ihn verlange, während es genüge, wenn der Beamte nur aus Fahrlässigkeit seine Amtsbefugnisse überschritten habe. Allein das Delikt aus § 342 ist in seinem gesammten Umfange ein vorsätzliches (Th. I Abschn. 4 N. 3), so daß das Wissen und Wollen des Thäters auf den ganzen Thatbestand sich erstrecken muß, er also namentl. auch sich bewußt sein muß, daß er in Ausübung seines Amtes einen Hausfriedensbr. begehe.

4) Während selbstverständlich § 342, als die speziellere Vorschrift (N. 1), den Abs. 1 des § 123 ausschließt, kann mit Abs. 3 desselben Idealkonk. eintreten, wobei die Strafe nach § 73 aus § 123_3 zu bestimmen ist (vgl. § 340 N. 6b). So: Rüd.-St. N. 3. AM.: Hälschner 2 1053, F. Meyer § 123 N. 7, Oppenh. N. 8 u. v. Schwarze N. 4, welche selbst beim Vorliegen der im § 123_3 gedachten Umstände lediglich § 342 anwenden wollen.

5) Ein Strafantrag (vgl. § 123 N. 21) ist nicht erforderlich; so die GM.

6) Die Strafe ist wahlweise Gefängniß von 1 T.—1 J. (§ 16) o. Geldstr. von 3 bis 900 M. (§ 27).

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. §§ 73^1, 27.

§. 343.

Ein Beamter, welcher in einer Untersuchung Zwangsmittel anwendet oder anwenden läßt, um Geständnisse oder Aussagen zu erpressen, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.

PrStGB. § 319. Entw. I § 323, II § 339. Aktenst. Nr. 119 16. **StB. S. 757—759.**

1) Das Verbr. aus § 343 ist ein eigentliches Amtsdelikt (Abschn. 28 N. 1).

Subjekt des Verbr. muß ein „Beamter" (§ 359) sein; das Delikt ist deshalb zugleich ein Beamten-Delikt (Abschn. 28 N. 3a).

Aber nicht jeder Beamte kann Thäter sein, sondern nur ein solcher, welcher eine „Untersuchung" zu führen hat; so: Hälschner 2 1076, Oppenheim Rbeugungsverbr. S. 181, 188; aM.: Meves HH. 3 988, Oppenh. N. 1, v. Schwarze N. 1 (jeder Beamte, welcher in einer Untersuchung thätig zu sein, berufen sei). Das Verbr. stellt deshalb als sog. besonderes Amtsdelikt (Abschn. 28 N. 4b) sich dar.

2a) „Untersuchung" ist nicht in dem weitesten S. gebraucht, in welchem darunter jede Anwendung von Mitteln behufs Erforschung von Erscheinungen oder eines Verhältnisses zwischen solchen verstanden wird; vielmehr ist darunter nach dem auf dem Gebiete des Rechts üblichen Sprachgebrauche das von einer sachlich zuständigen Behörde (Beamten) eingeleitete Verfahren zu verstehen, welches dahin zielt, wegen einer, kriminell oder disziplinarisch, strafbaren Hdlg. die gesetzliche Ahndung herbeizuführen; hiernach fallen unter den Begriff der „Untersuchung" namentl. auch diejenigen Hdlgen, welche zu Zwecken eines gerichtlichen Strafverfahrens von Beamten des Polizei- u. Sicherheitsdienstes vorgenommen werden, ohne Unterschied, ob dieselben auf Angehen des Richters bzw. der StASchaft oder einer Privatperson oder, nach StPO. § 161, von Amtswegen thätig geworden sind. So die GM., insbs. **RG.** II 14. März 82 E. 6 82. AM.: Dresden 12. Jan. 77 St. 7 195, Hälschner 2 1076, Oppenheim Rbeugungsverbr. S. 161, welche die Einleitung einer förmlichen Untersuchung, wenn auch nicht nothwendig in einem gerichtlichen, sondern auch in einem administrativen bzw. einem disziplinaren Strafverfahren.

b) „In einer Untersuchung" bezeichnet nicht blos das zeitliche Zusammenfallen, sondern vielmehr die Nothwendigkeit eines inneren Zusammenhanges (vgl. § 340 N. 4), was übrigens hier nach dem Gesammtinhalte des §. nicht dem mindesten Zweifel begegnen kann; Oppenheim aO. S. 181.

3) Die Handlung selbst besteht darin, daß der Beamte „Zwangsmittel", gleichgültig welcher Art, also physische o. psychische (Meves HH. 3 984, Blum N. 3, Rüd.-St. N. 2,

Oppenheim Rbeugungsverbr. S. 222), entweder „selbst anwendet" oder „anwenden läßt" (vgl. § 340 N. 3).

4a) Der Zweck der Hdlg. (N. 3), muß dahin gehen, „um Geständnisse oder Aussagen zu erpressen". Der, übrigens nicht im techn. S. (§ 253) gebrauchte, Ausdruck „erpressen" deutet an, daß die Anwendung von Zwangsmitteln eine widerrechtliche sein müsse; so: Hälschner 2 1077, Meves HH. 3 984; aM. Oppenheim Rbeugungsverbr. S. 177, der jedoch sachlich gleichfalls zu dem Resultat kommt, daß § 343 nicht Platz greife, wo gesetzlich gestattete Zwangsmittel angewendet würden.

b) Während der Ausdruck „Geständnisse" nur auf die Auslassungen der Beschuldigten sich bezieht, so sind unter „Aussagen" vorzugsweise Depositionen der Zeugen zu verstehen (Goltd. Mat. 2 684); doch hat nach dem Sinne des Gesetzes nicht ausgeschlossen werden sollen, daß auch eine vom Beschuldigten erpreßte Aussage, die nicht als Geständniß erscheint, in den Rahmen des § 343 fällt, derartig daß das Wort „Geständnisse" überflüssig erscheint; Hälschner 2 1077, H. Meyer S. 886 N. 17, Schütze S. 530, v. Schwarze N. 2, Oppenheim aO. S. 173 f.

Aus der Nebeneinanderstellung beider Ausdrücke folgert Meves aO., daß, wie die „Geständnisse" Auslassungen des Beschuldigten mit bestimmtem Inhalte bezeichnen, so auch der Zweck auf Erzielung von „Aussagen" mit einem bestimmten Inhalte gehen müsse. Man wird jedoch dieser Ansicht, die zugleich mit der von Meves vertretenen Auffassung des Deliktes als einer „Rechtsbeugung i. w. S." zusammenhängt, nicht beitreten können, da anzunehmen ist, daß eine derartige Beschränkung einen prägnanteren Ausdruck gefunden haben würde; auch läßt sich nicht geltend machen, daß zur Herbeiführung einer Aussage überhaupt gesetzlich (vgl. StPO. § 69) Zwangsmittel gestattet seien, da solche keineswegs allen Zeugen gegenüber anwendbar sind; so Rüd.-St. N. 4 u. auch Oppenheim aO. S. 179 (obgleich auch er das Verbr. als Rechtsbeugung charakterisirt).

c) Dagegen greift § 343 nicht Platz, wenn Zwangsmittel angewandt worden, um eine Simulation des Beschuldigten festzustellen; H. Meyer S. 886 N. 17; ferner nicht, wenn die Beeidigung einer Aussage, also nicht eine solche selbst, sondern ein Bekräftigungsmittel derselben, erzwungen werden soll; Oppenheim aO. S. 179.

5) Zur Vollendung des Verbr. gehört nicht, daß der verfolgte Zweck erreicht werde; deshalb ist auch ein Versuch (§ 43) des Verbr. nicht denkbar; Hälschner 2 1077, Rüd.-St. N. 5, Oppenheim Rbeugungsverbr. S. 229.

6) Idealkonk. (§ 73) mit dem Verbr. der Rechtsbeugung aus § 336 ist denkbar; Oppenheim Rbeugungsverbr. S. 218.

7) Die Hauptstrafe des Verbr. ist Zuchthaus von 1—5 J. (§ 14_2), neben welchem nach § 32 VdbER. erkannt werden kann.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in zehn Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. § 73[2].

§. 344.

Ein Beamter, welcher vorsätzlich zum Nachtheile einer Person, deren Unschuld ihm bekannt ist, die Eröffnung oder Fortsetzung einer Untersuchung beantragt oder beschließt, wird mit Zuchthaus bestraft.

PrStGB. § 320 Abs. 1. Entw. I § 324 Abs. 1, II § 340.

1) Das Verbr. aus § 344 ist ein eigentliches Amtsdelikt (Abschn. 28 N. 1).

Subjekt des Verbr. muß ein „Beamter" (§ 359) sein, weshalb das Delikt zugleich ein Beamten-Delikt ist (Abschn. 28 N. 3a).

Aber nicht jeder Beamte kann Thäter sein, sondern nur ein solcher, welcher kraft seines Amtes mit der Ermittelung und Verfolgung, kriminell oder disziplinarisch, strafb. Hdlgen befaßt ist; es ist deshalb das Verbr. ein sog. besonderes Amtsdel. (Abschn. 28 N. 4b).

2) Der Thatbestand besteht in dem „Beantragen" oder dem „Beschließen" der „Eröffnung o. Fortsetzung einer Untersuchung"; es enthält somit § 344 einen Misch-

thatbestand, indem einerseits die falsche Anklage, andererseits aber die falsche Untersuchung unter Strafe gestellt werden; Hälschner 2 1078 f., Oppenheim Rbeugungsverbr. S. 135 f.

a) An sich erscheint es nicht gerechtfertigt, den Ausdruck „Untersuchung" im § 344 in einem anderen Sinne zu fassen als in dem des unmittelbar vorhergehenden § 343 (das. N. 2a; so auch Hälschner 2 1076); allein mit Rücksicht darauf, daß im § 344 von der „Eröffnung" und der „Fortsetzung" — sc. einer „eröffneten" — Untersuchung die Rede ist, wird dieselbe, abweichend vom § 343, nur von einer förmlichen Untersuchung zu verstehen sein; so außer den in N. 2a zu § 343 citt. Hälschner aO., insbs. N. 2, Rüd.-St. N. 2 u. Oppenheim aO. S. 144 f. ferner: Meves HH. 3 981, Oppenh. N. 2, v. Schwarze N. 1; aM. H. Meyer S. 884 N. 11, welcher das sog. Vorbereitungs- bzw. Ermittelungsverfahren mit hierher rechnet.

b) Die „Beantragung" der Eröffnung rc. einer Untersuchg. kann von allen denjenigen Beamten ausgehen, die zu den staatsanwaltschaftlichen i. w. S. gehören, d. h. zu denjenigen, welche im gerichtlichen o. administrativen Strafverfahren bzw. im Disziplinarstrafverfahren die Initiative der Verfolgung und die demnächstige Vertretung der Sache vor den Gerichten haben. Die „Beschließung" kann nur von den btr. richterlichen Beamten ausgehen.

c) Die Ausdrücke „beantragen o beschließen" beziehen sich übrigens beide sowohl auf die „Eröffnung" als auch auf die „Fortsetzung" einer Untersuchung. Da nun eine bis zur Hauptverhdlg. gediehene Untersuchung nach StPO. § 259 mit der „Erlassung des Urtheils" schließt, so ergiebt sich, daß der Staatsanwalt, welcher trotz der im Laufe der Verhandlung gewonnenen Ueberzeugung von der Unschuld des Angekl., dessen Verurtheilung beantragt, des Verbr. der falschen Anklage sich schuldig macht; Oppenheim aO. S. 415. Dagegen erscheint es mit der Ausdrucksweise des Gesetzes unvereinbar, unter das „Beschließen der Fortsetzung der Untersuchung" auch die „Verurtheilung" seitens des erkennenden Richters zu subsumiren (vgl. u. N. 6); aM. jedoch H. Meyer S. 885, der den Fall eines ungerechten Urtheils vor allem hierher rechnet.

3) In subjektiver Hinsicht muß die falsche Anklage bzw. Untersuchung stattfinden „vorsätzlich zum Nachtheile einer Person, deren Unschuld dem Beamten bekannt ist" (vgl. §§ 334 N. 4, 336 N. 3); Oppenheim Rbeugungsverbr. S. 216.

a) „Unschuld" der Person muß zwar objektiv vorliegen, der Begriff selbst ist aber insofern ein relativer, als die „Unschuld" nur rücksichtlich derjenigen Hdlg. in Betracht kommt, derentwegen die Eröffnung der Untersuchung beantragt worden; sie liegt deshalb auch dann vor, wenn die Person nur einer geringeren Strafthat (z. B. eines Diebst. statt eines zur Untersuchung gezogenen Raubes) schuldig ist; so: Geyer 2 195, Hälschner 2 1078, v. Liszt S. 598, Meves HH. 3 981, H. Meyer S. 885, Oppenh. N. 4, Rubo N. 3, v. Schwarze N. 2, Oppenheim aO. S. 148; vgl. aber Rüd.-St. N. 3, dessen Bedenken jedoch in anderer Weise (s. u. N. 4) ihre Erledigung finden.

b) „Zum Nachtheil" handelt der Beamte dann nicht, wenn er gegen eine Person zwar in Kenntniß von deren Unschuld, aber, um letztere dem Publikum oder Behörden gegenüber klar zu stellen (vgl. §§ 164_2, 191), eine Untersuchung beantragt; hier ist der Beamte subjektiv gerade „zum Vortheil" des Unschuldigen thätig; so: Hälschner 2 1078, Blum N. 2, Oppenh. N. 3, Oppenheim aO. S. 146, während Meves HH. 3 981 leugnet, daß objektiv eine dem Erforderniße entsprechende Untersuchung vorliege.

4) Die subjektive und objektive Rechtswidrigkeit kann durch positive gesetzliche Vorschriften ausgeschlossen sein, welche, wie z. B. StPO. § 178, das Gericht verpflichten, unter Umständen eine Voruntersuchung auch gegen einen solchen Beschuldigten zu beschließen, dessen Unschuld ihm, dem Gerichte, bekannt ist; Hälschner 2 1079, Meves HH. 3 988, Oppenh. N. 5, Rüd.-St. N. 3.

5) Ein Versuch (§ 43) des Verbr. ist denkbar und kann z. B. vorliegen, wenn der Beamte den die Mitwirkung Mehrerer erfordernden Beschluß nicht durchzusetzen vermag; Oppenheim Rbeugungsverbr. S. 228.

6) Der Fall der falschen Untersuchung (im Gegensatz zu demjenigen der falschen An-

klage; s. o. N. 2) ist lediglich eine Art der Rechtsbeugung, weshalb eine Idealkonk. (§ 73) mit § 336 ausgeschlossen ist; Hälschner 2 1079, Oppenheim Rbeugungsverbr. S. 149 ff. Da aber die durch bewußte Verurtheilung eines Unschuldigen begangene Rechtsbeugung nicht unter § 344 fällt (s. o. N. 2 c), so ist das — aus einem bereits bei der Vorberathung des PrStGB. begangenen Fehler sich herschreibende — Mißverhältniß der beiden Strafandrohungen im § 336 (das. N. 6) und im § 344 (u. N. 7) in hohem Grade anstößig; so Hälschner u. Oppenheim aO., während H. Meyer S. 885 in Konsequenz seiner Ansicht die Verschiedenheit der Strafsätze für widerspruchsvoll nicht erachtet.

7) Die Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus von 1—15 J. (§ 14_1), neben welchem nach § 32 VbbER. erkannt werden kann. Der Versuch (N. 5) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in funfzehn Jahren.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73^{2-7}, 136^1.

§. 345.

Gleiche Strafe trifft den Beamten, welcher vorsätzlich eine Strafe vollstrecken läßt, von der er weiß, daß sie überhaupt nicht oder nicht der Art oder dem Maße nach vollstreckt werden darf.

Ist die Handlung aus Fahrlässigkeit begangen, so tritt Gefängnißstrafe oder Festungshaft bis zu Einem Jahre oder Geldstrafe bis zu neunhundert Mark ein.

PrStGB. § 320 Abs. 2, 3. Entw. I § 324 Abs. 2, 3, II § 341.

1) Die Delikte aus § 345 sind eigentliche Amtsdelikte (Abschn. 28 N. 1).

Subjekt der Delikte muß ein „Beamter" (§ 359) sein, weshalb dieselben zugleich Beamten-Delikte sind (Abschn. 28 N. 3 a).

Aber nicht jeder Beamte kann Thäter sein, sondern nur ein solcher, welcher kraft seines Amtes mit der „Strafvollstreckung" (N. 2) befaßt ist; es sind deshalb die Delikte sog. besondere Amtsdel. (Abschn. 28 N. 4 b).

2) Unter „Strafvollstreckung" ist die Gesammtheit derjenigen Maßregeln zu verstehen, durch welche die Verbüßung der Strafe bewerkstelligt wird; innerhalb dieses Begriffes ist eine absolute Unterscheidung zwischen anordnenden und lediglich ausführenden Maßregeln nicht möglich; denn weder ist die bloße Anordnung der Strafvollstrckg. für sich allein schon die Strafvollstrckg. selbst, noch ist ein zwar stattgefundener, aber nicht angeordneter Vollzug der Strafe als Strafvollstrckg. zu betrachten; RG. I 9. Jan. 82 E. 5 332.

3) Das „Vollstrecken lassen" einer Strafe ꝛc. wird als die strafb. Hdlg. bezeichnet. Dem Wortlaute nach richtet § 345 sich also nicht gegen denjenigen, welcher eine Strafe vollstreckt, demnach also nicht gegen denjenigen, welcher eine bezüglich einer Strafvollstrckg. angeordnete Maßregel lediglich vollzieht. Dennoch kann wegen der Bedeutung des „Lassens" im § 340 (das. N. 3) sowie in den §§ 341, 343 nicht angenommen werden, daß nur der die Strafvollstrckg. anordnende Beamte von der Strafbestimmung getroffen werden solle; denn die in der Weglassung des „vollstrecken" sich ausprägende Verschiedenheit erklärt sich daraus, daß zwar die in den §§ 340, 341, 343 bezeichneten Hdlgen von einem Einzelnen als Thäter begangen werden können, die geordnete Strafvollstrckg. aber so überwiegend eine Mehrheit von vollstreckenden Personen voraussetzt, daß eine etwaige Ausnahme von dem Gesetze nicht besonders gekennzeichnet, sondern gleichfalls unter „vollstrecken lassen" begriffen betrachtet wurde; dazu tritt unterstützend noch der Umstand, daß eine Lücke vorliegen würde, falls der selbst vollstreckende Beamte nur aus § 239 strafbar wäre, sowie der Zusammenhang mit den Vorschriften der §§ 341, 346, 347, die sämmtlich nur eine „Mitwirkung" verlangen. So: RG. I 9. Jan. 82, II 21. Juni 89, E. 5 332, 19 342, Binding Normen 2 494, insbs. N. 706, Geyer 2 195, H. Meyer S. 886, Oppenh. N. 2, Puchelt N. 1, Rüd.-St. N. 2. AM.: Hälschner 2 1080, v. Liszt S. 598, Meves HH. 3 986, Rubo N. 2

u. v. Schwarze N. 5, welche gegen die Gleichstellung von „vollstreckenlassen" und „vollstrecken" sich erklären.

4) Wenn auch nach den Ausführungen in N. 2 u. 3 ein bloßes „Nichthindern einer Strafvollstrckg." nicht ausreichen kann (aM. Puchelt N. 1), so genügt doch im übrigen jede unmittelbar o. mittelbar eine unrichtige Strafvollstrckg. herbeiführende amtliche Thätigkeit eines Beamten. Keineswegs kann deshalb die Hdlg. nur von einem zur Betreibung der Strafvollstrckg. — bzw. nach N. 3 zur Strafvollstrckg. selbst — zuständigen Beamten begangen werden (so jedoch: Meves HH. 3 987, v. Kirchmann N. 1, Rubo N. 2), sondern namentl. auch von jedem, der überhaupt zur Mitwirkung bei der Strafvollstrckg. berufen ist, also insbs. vom Gerichtsschreiber, welcher nach StPO. § 483 eine begl. Abschrift der Urtheilsformel zu ertheilen hat, vom Anstaltssekretär, der den Kalender über die Beendigung der Strafzeit zu führen hat; RG. I 9. Jan. 82 E. 5 332, Hälschner 2 1080 (dieser jedoch mit Ausnahme der lediglich nach Maßgabe des ertheilten Auftrages mit dem Vollzuge beschäftigten Personen; s. o. N. 3 aE.), Oppenh. N. 2a, 3, v. Prittwitz G. 30 150. Neuerdings hat RG. II 21. Juni 89 E. 19 342 angenommen, daß auch ein Beamter, welcher nicht vermöge seines Amtes bei Vollstrckg. der Strafe mitzuwirken habe, Thäter aus § 345 sein könne, weil weder § 345, im Gegensatze zum § 346, eine Einschränkung auf den mit der Strafvollstrckg. befaßten Beamten enthalte, noch ein innerer Grund vorliege, den § 345 nicht anzuwenden, wenn andere Beamten eine unzulässige Strafvollstrckg. herbeiführten; dieser Ansicht (welcher das u. N. 7 cit. RG. 13. Okt. 87 nicht entgegensteht) ist beizutreten; mit Recht wurde deshalb § 345 auch auf den Vorsitzenden u. den Gerichtsschreiber für anwendbar erachtet, welche durch unrichtige Beurkundung eines ergangenen Urtheils eine unzulässige Strafvollstrckg. herbeiführen, ohne Unterschied, ob dieselben auch mit der Strafvollstrckg. befaßt sind oder nicht.

5) Unter „Strafe" ist zunächst jede Kriminalstrafe (Th. I Abschn. 1 N. 3) zu verstehen, mag sie im gerichtlichen, polizeilichen o. Verwaltungsstrafverfahren festgesetzt sein; so die GM. Die im StGB. angeordneten polizeilichen Maßregeln u. privaten Genugthuungen (das. N. 4, 5) kommen dagegen, auch insofern sie einer Vollstreckung bedürfen, nicht in Betracht, obgleich sie von den Gerichten erkannt werden; so hinsichtlich der Buße: Hälschner 2 1081, Oppenh. N. 4, Rüd.-St. N. 1, v. Schwarze N. 2 A. 2.

Zu den Strafen gehören ferner die Disziplinarstrafen und die in den Prozeßgesetzen (vgl. GVG. §§ 179, 180, StPO. § 69_1, CPO. § 355_1) sowie in den Zoll- u. Steuergesetzen (vgl. z. B. VZG. §§ 151 f.) angedrohten sog. Ordnungsstrafen; so: Hälschner aO., v. Liszt S. 598, Meves HH. 3 981 f., Oppenh. N. 4, v. Schwarze N. 2.

Dagegen sind Zwangsmaßregeln (vgl. GVG. § 178, StPO. § 69_2, CPO. § 355_2) ihrer Natur nach keine Strafen; deshalb fällt auch die Vollstreckung der unrichtig sog. Exekutivstrafen nicht unter § 345; so: Hälschner, v. Liszt aO., F. Meyer N. 1, v. Schwarze N. 2a; aM. Oppenh. N. 4.

6) Die vollstreckte Strafe muß eine solche sein, welche „überhaupt nicht oder nicht der Art oder dem Maße nach vollstreckt" werden durfte.

Die nächste Voraussetzung einer rechtmäßigen Strafvollstreckung ist, daß eine Strafe überhaupt durch eine mit Strafgewalt bekleidete Behörde festgesetzt sei. Ueber praktische Fälle, in denen selbst dieses erste Erforderniß fehlte, vgl. Berlin 19. Feb. 74, 26. Juni 79, St. 3 382, G. 27 549.

Weiterhin ist selbstverständlich, daß eine Strafe nur gegen denjenigen vollstreckt werden darf, gegen den sie festgesetzt ist (vgl. jedoch § 30).

Wann, abgesehen hiervon, eine Strafe „überhaupt nicht" vollstreckt werden darf, läßt sich allgemein nicht sagen. Die Rechtskraft der dieselbe aussprechenden Entscheidung ist zwar meist — nach StPO. § 481 unbedingt — aber doch nicht durchweg Voraussetzung der Vollstreckbarkeit; vgl. z. B. GVG. §§ 179, 183 sowie PrMStGO. §§ 185—187, 207, 223. Auch kann die bereits eingetretene Vollstreckbarkeit zeitweise (vgl. StPO. § 487) oder dauernd, z. B. durch Begnadigung, wieder aufgehoben werden.

Wegen Fälle, in denen eine Strafe „nicht der Art nach" vollstreckt werden durfte,

vgl. z. B. § 17 N. 5. Hierher gehören namentl. aber auch Fälle, in denen eine Freiheitsstr. statt einer prinzipaliter erkannten Geldstr. vollstreckt wird.

Der Fall, daß eine Strafe „nicht dem Maße nach“ vollstreckt werden durfte, liegt namentl. auch dann vor, wenn ein Gefangener nach beendigter Strafzeit in der Gefangenanstalt ohne gesetzlichen Grund zurückbehalten wird; RG. I 9. Jan. 82 E. 5 332.

7) Nur gegen die unrichtige Vollstreckung einer Strafe wendet sich § 345, nicht gegen die unrechtmäßige Festsetzung einer Strafe; RG. I 13. Okt. 87 E. 16 221, Thon GS. 26 111 ff. Folgeweise kann aber auch § 345 keine Anwendung finden, wenn eine vollstreckbare Strafe, auf welche jedoch materiell unrichtig erkannt war, den bestehenden Gesetzen gemäß zur Vollstreckg. gebracht wird, sei es durch den unmittelbar dazu berufenen, sei es durch einen ordnungsmäßig ersuchten Beamten; Thon aO. S. 114 f., Meves HH. 3 988, Oppenh. N. 1. Das gilt auch dann, wenn der erkennende und der vollstreckende Richter identisch sind; so das cit. RG. 13. Okt. 87 (es war zu Unrecht auf Grund des § 179 statt des § 182 GVG. erkannt; die Beschwerde hat aber nur in diesem, nicht in jenem Falle aufschiebende Wirkung). Selbst die Prüfung der sachlichen Zuständigkeit derjenigen Person, von welcher die Straffestsetzung ausgegangen ist, liegt nach eingetretener Vollstreckbarkeit außerhalb der Befugniß des mit der Strafvollstreckung befaßten Beamten, der sich nur zu vergewissern hat, daß die Straffestsetzung überhaupt von einer mit Strafgewalt versehenen Person ausgegangen ist, sowie im Falle eines Ersuchens, ob letzteres den bestehenden Vorschriften ausspricht; vgl. Berlin 26. Juni 79 G. 27 549. Dagegen wird allerdings eine der Gesetzgebung unbekannte Strafe, wie z. B. in D. die Prügelstrafe, niemals vollstreckt werden dürfen; denn eine solche ist eben im gesetzlichen S. keine Strafe; so Oppenh. N. 1; aM. jedoch Thon GS. 26 111, 116.

Keineswegs folgt aber daraus, daß § 345 nur die richtige Strafvollstreckung schützt, daß seine Vorschrift nothwendig ein in das Stadium der Strafvollstreckung fallendes Verhalten des Beamten zur Voraussetzung hat; so das N. 4 cit. RG. 21. Juni 89. Sowohl das strafb. vorsätzliche (N. 8) wie auch das strafb. fahrlässige (N. 9) Verhalten können bereits früher stattgefunden haben, z. B. bei der unrichtigen Beurkundung eines in der Hauptverhandlung ergangenen Urtheils.

8) Aus Absatz 1 ist strafbar der Beamte, welcher „vorsätzlich eine Strafe vollstrecken läßt, von der er weiß, daß sie . . . nicht vollstreckt werden darf.“ Das „Vollstreckenlassen“ setzt immer „Vorsätzlichkeit“ voraus; deshalb ist das „vorsätzlich“ nicht auf den äußeren Akt, sondern auf die Willensrichtung zu beziehen; dadurch und durch die ferner hervorgehobenen Worte wird auf die Vorsätzlichkeit der rechtswidrigen Strafvollstreckung hingewiesen, die im Wissen und Wollen des Thäters liegen muß; Berlin 4. Feb. 76 St. 6 45, Binding Normen 2 495, Hälschner 2 1081.

9) Aus Absatz 2 tritt Strafe ein, wenn „die Hdlg. aus Fahrlässigkeit begangen ist“. Schon aus dem in N. 8 Bemerkten ergiebt sich, daß die Worte des Abs. 1 „von denen er weiß“ in den Abs. 2 nicht hinübergezogen werden dürfen; denn sie dienten lediglich zur Hervorhebung des dem Vorsatze wesentlichen Bewußtseins der Rechtswidrigkeit, während die den Gegensatz bildende Fahrlässigkeit (§ 59 N. 17) von den Beamten begangen werden kann, entweder bei irriger Annahme der Vollstreckbarkeit oder, zwar bei Kenntniß von der Nichtvollstreckbarkeit einer Strafe, jedoch im Irrthum über ihre Vollstreckung bzw. richtige Vollstreckung, trotzdem er eine unrichtige Vollstreckung thatsächlich durch seine Fahrlässigkeit verursachte. So: RG. III 13. Okt. 80 R. 2 329, Berlin 19. Feb. 74 St. 3 382, Hälschner 2 1081, v. Liszt S. 598, Oppenh. N. 7, v. Prittwitz G. 30 149 f. AM. Binding Normen 2 493 ff. insofern, als er annimmt, Abs. 2 habe das Nichtwissen von der Unzulässigkeit der Vollstreckung zur nothwendigen Voraussetzung, da das fahrlässige Vollstreckenlassen bekanntermaßen ungerechter Strafen ein Widerspruch in sich sei.

Welches Maß von Aufmerksamkeit aufzuwenden ist, hat der Thatrichter nach den Umständen des Falles zu beurtheilen; RG. II 21. Juni 89 E. 19 342. Während dieses die „Fahrlässigkeit“ in der entgegen StPO. § 267 unterlassenen Niederschreibung der Urtheilsformel sah, hat im übrigen „Fahrlässigkeit“ mit Recht darin gefunden werden können, daß

der Beamte es verabsäumt hatte, mit den einschlagenden gesetzlichen Bestimmungen sich bekannt zu machen (Berlin 4. Feb. 76 St. **6** 45), oder daß er dieselben bei übereiltem Handeln übersehen hatte (Thon GS. **26** 117).

10) Außer Anwendung bleibt § 345, wenn unrichtiger Weise eine gelindere Strafe vollstreckt wird, als festgesetzt war; es folgt dieses namentl. aus dem Zusammenhange mit § 346 (das. N. 2d), welcher die fahrlässige Hdlg. straflos läßt. So: Geyer **2** 195, Hälschner **2** 1081, Meves HH. **3** 982, H. Meyer S. 885, Puchelt N. 1, v. Schwarze N. 3 sowie speziell btr. des Abs. 2 v. Prittwitz G. **30** 151 u. Bruck Fahrlssgkt. S. 42; vgl auch Rüd.-St. N. 4.

11) Ein Versuch (§ 43) des Verbr. aus Abs. 1 ist denkbar. Ein solcher liegt z. B. vor, wenn eine ungerechte Strafvollstreckung angeordnet, aber nicht vollzogen wird; denn zur Vollendung des Deliktes ist der Beginn der ungerechten Strafvollstreckung erforderlich; so Schütze S. 531 N. 13; aM. Rüd.-St. N. 5.

12) Wegen Strafe, Verjährung u. Zuständigkeit im Falle des Abs. 1 vgl. § 344 N. 6.

Im Falle des Abs. 2 ist die Strafe des vollendeten Verg. wahlweise Gefängniß (§ 16) von 1 T.—1 J. (nicht etwa bis 5 J.; vgl. die in den Motiven dem Th. I Abschn. 1 angeschlossene „Stufenfolge der Strafen" unter Nr. VIII) oder Festungshaft von 1 T.—1 J. (§ 17_2; vgl. insbs. N. 3) oder Geldstrafe von 3—900 M. (§ 27). Der Versuch (N. 11) ist nach § 44, insbs. Abs. 4, zu bestrafen.

Die Verjährung der Strafverfolgung des Verg. aus Abs. 2 tritt nach § 67_2 in fünf Jahren ein; wegen ihres Beginnes vgl. § 67 N. 9.

Zuständig ist wegen des Verg. aus Abs. 2 **Strafk.**; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 346.

Ein Beamter, welcher vermöge seines Amtes bei Ausübung der Strafgewalt oder bei Vollstreckung der Strafe mitzuwirken hat, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft, wenn er in der Absicht, Jemand der gesetzlichen Strafe rechtswidrig zu entziehen, die Verfolgung einer strafbaren Handlung unterläßt, oder eine Handlung begeht, welche geeignet ist, eine Freisprechung oder eine dem Gesetze nicht entsprechende Bestrafung zu bewirken, oder die Vollstreckung der ausgesprochenen Strafe nicht betreibt, oder eine gelindere als die erkannte Strafe zur Vollstreckung bringt.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter Einem Monat ein.

PrStGB. § 321. Entw. I § 325, II § 342.

1) Das Verbr. aus § 346 ist ein eigentliches Amtsdelikt (Abschn. 28 N. 1).

Subjekt des Verbr. muß ein Beamter (§ 359) sein, weshalb das Delikt zugleich ein Beamten-Delikt ist (Abschn. 28 N. 3a).. Da aber nur ein Beamter einer der im § 346 selbst bezeichneten Kategorieen Thäter sein kann, so ist das Verbr. ein sog. besonderes Amtsdel. (Abschn. 28 N. 4b).

Jeder Beamte, welcher „vermöge seines Amtes" bei „Ausübung der Strafgewalt" (vgl. § 344) oder bei „Vollstreckung der Strafe" (vgl. § 345, insbs. N. 3, 5) „zur Mitwirkung" berufen ist, kann Thäter sein. Welche Personen dieses seien, läßt nur auf Grund der Reichs- u. Landesgesetzgbg. im speziellen sich prüfen; angenommen ist z. B., daß ein Polizeibeamter zu jenen Personen gehöre, da derselbe nach StPO. § 161 zur Ausübung der Strafgewalt mitzuwirken habe; **RG.** I 30. Apr. 85 E. **12** 161; dsgl. ein PrGemeindevorsteher in den östl. Provinzen; **RG.** II 24. Apr. 91 E. **21** 424.

2) Die einzelnen Mischthatbestände sind:

a) „Unterlassen der Verfolgung einer strafbaren Handlung"; unter letzterer kann auch hier, wie meist, nur eine kriminell strafb. Hdlg. in dem § 111 N. 3 erläuterten (sachlich noch über die Auffassung von **RG.** I 30. Apr. 85 E. **12** 161 hinausgehenden) Sinne verstanden werden; einer weiteren Ausdehnung steht insbs. die Höhe der

Strafandrohung entgegen. Namentl. würde aber auch die Hineinziehung der Disziplinarverg. bei der eigenthümlichen Natur des ganzen Disziplinarstrafrechts (vgl. Laband Staatsr. 1 462 ff.) zu unlösbaren Schwierigkeiten führen; so: Hälschner 2 1082, Rüd.-St. N. 1, v. Schwarze N. 2; aM.: Meves HH. 3 982, Oppenh. N. 3.

Dieser Mischthatbestand ist ein echtes Unterlassungsdel., indem gegen das, allerdings nur einem beschränktem Personenkreise (vgl. § 320 N. 3) gegebene, Gebot der strafrechtl. Verfolgung verstoßen wird; so: Hälschner aO., Alboffer Unterlassungsdel. S. 131, Landsberg Kommissivdel. S. 213; aM. Sturm Unterlassungsdel. S. 381, 417. Voraussetzung des Deliktes ist stets objektiv das Vorliegen einer strafb. Hdlg., während das subjektive Meinen des Beamten nicht genügt; RG. IV 13. März 85 R. 7 175, Hälschner aO. Unter dieser Voraussetzung kann namentl. auch die Nichtfortsetzung einer begonnenen Verfolgung den Thatbestand erfüllen; Hälschner aO., Meves aO. S. 983. Uebrigens kann auch dieses Unterlassungsdel. durch eine Handlung begangen werden (§ 1 N. 3b); Meves aO. In der Praxis ist mit Recht angenommen, daß die Amtsthätigkeit eines Polizeibeamten (N. 1) keineswegs nur unter dem Gesichtspunkte der StPO. § 159 als Verfolgung zu verstehen, daß vielmehr auch die den ersten Anstoß zu einem strafgerichtl. Verfahren abgebende Anzeige ebenfalls dahin zu rechnen sei; so das cit. RG. 30. Apr. 85.

b) „Begehung einer Handlung, welche geeignet ist (d. h. an sich objektiv, ohne Rücksicht auf eine nur relative Unmöglichkeit; Meves aO.), eine Freisprechung oder eine dem Gesetze nicht entsprechende (d. h. eine gelindere, die wirklich begangene That nicht sühnende; Hälschner, Meves, aO.) Bestrafung zu bewirken." Dieses Kommissivdel. kann auch, allg. Regel entsprechend (§ 1 N. 3a), durch eine Unterlassung verübt werden, z. B. durch Nichtmittheilung zugegangenen Belastungsmaterials; Hälschner aO.

c) „Nichtbetreiben der Vollstreckung der ausgesprochenen Strafe", dem die zulässige oder verspätete Betreibung gleich zu achten, wenn sie ein Entziehen durch die Flucht oder die Verjährung ermöglicht; Meves aO. S. 984.

d) „Vollstrecken einer gelinderen als der erkannten Strafe"; vgl. § 345 N. 10.

3) Subjektiv wird „die Absicht" (d. h. der Vorsatz; Binding Normen 2 597, v. Liszt S. 598), Jemand der gesetzlichen Strafe rechtswidrig zu entziehen" (§ 137 N. 9), somit ausdrücklich auch das generelle Dolusmerkmal, das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit (Binding aO. S. 496 u. 1 117), gefordert.

Bezüglich der, objektiven und subjektiven, Rechtswidrigkeit ist der das Legalitätsprinzip zum Ausdruck bringende § 152_2 der StPO. von hervorragender Bedeutung.

4) Ein Versuch (§ 43) des Verbrechens ist denkbar; aM. Rüd.-St. N. 6.

5) Die ordentliche Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus von 1—5 J. (§ 14_2), die für den Fall mild. Umst. (Th. I Abschn. 4 N. 13a ff.) angedrohte Hauptstr. Gefängniß von 1 Mt.—5 J. (§ 16). Als Nebenstr. kann nach § 32 sowohl neben Zuchth. wie auch neben Gef. VdbER. erkannt werden.

Der Versuch (N. 4) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 strafbar.

6) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in zehn Jahren.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. § 73^2.

§. 347.

Ein Beamter, welcher einen Gefangenen, dessen Beaufsichtigung, Begleitung oder Bewachung ihm anvertraut ist, vorsätzlich entweichen läßt oder dessen Befreiung vorsätzlich bewirkt oder befördert, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter Einem Monat ein.

Ist die Entweichung durch Fahrlässigkeit befördert oder erleichtert worden, so tritt Gefängnißstrafe bis zu sechs Monaten oder Geldstrafe bis zu sechshundert Mark ein.

PrStGB. § 322. Entw. I § 326, II § 343.

1) Die Delikte aus § 347 sind uneigentliche Amtsdelikte (Abschn. 28 N. 2).

Subjekt derselben muß ein Beamter (§ 359) sein, weshalb sie zugleich Beamtendelikte sind (Abschn. 28 N. 3a).

Die Delikte sind endlich sog. allgemeine Amtsdel., weil ein jeder Beamter Thäter sein kann (Abschn. 28 N. 4a). Denn wenn auch die That nur ein Beamter begehen kann, dessen Beaufsichtigung, Begleitung oder Bewachung ein Gefangener anvertraut ist, so ist doch nicht erforderlich, daß die Beaufsichtigung rc. von Gefangenen zu den regelmäßigen Amtsgeschäften des Beamten gehöre (vgl. dagegen § 346 „ein Beamter, welcher vermöge seines Amtes rc."), vielmehr wird lediglich die Beamtenqualität im allg. unterstellt und nur im weiteren erfordert, daß ihm mit Rücksicht auf seine Beamteneigenschaft in concreto die Beaufsichtigung eines Gefangenen anvertraut sei (N. 3); Berlin 18. Apr. 73, München 22. Feb. 78, St. **2** 299, **8** 297, Hälschner **2** 1053.

2) Die Eigenschaft des Thäters als Beamten bildet den i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 straferhöh. Umst. gegenüber dem gemeinen Delikte aus § 121, dessen Thatbestand im übrigen mit demjenigen des § 347 übereinstimmt, da die Abweichungen (N. 3 sowie § 121 N. 1₂, 3b, c) nur redaktioneller Natur sind; v. Prittwitz G. **30** 147.

3) Nach § 347 muß den Beamten der Gefangene „anvertraut" sein, während der § 121 (das. N. 1₂) eine „Beauftragung" des Beamten mit der Beaufsichtigung erfordert. Ein sachlicher Unterschied ist nicht anzunehmen; denn „anvertrauen" (vgl. §§ 246 N. 23, 300 N. 3) setzt begrifflich einen Uebergabeakt nicht voraus, erfordert sonach nicht, daß der Gefangene bereits in der Gewalt eines Dritten sich befand, so daß jenes Moment auch dann vorliegt, wenn das Amt selbst dem Beamten die Pflicht zur Beaufsichtigung des Gefangenen auferlegt; so die GM., insbs. RG. II 29. Mai 83 E. 8 313, III 19. Apr. 82 R. **4** 356 (es finde § 347 auch Anwendung auf einen Polizeibediensteten, der eine Person aus eigener Amtsbefugniß vorläufig festgenommen; vgl. § 120 N. 2b); aM. Rubo N. 3.

Dagegen erfordert das „anvertrauen" auf Seiten des Beamten nothwendig die Uebernahme der Pflicht zur Beaufsichtigung; lehnt der Beamte diese mit Recht (z. B. weil die Beaufsichtigung nicht zu seinen Obliegenheiten gehöre) oder zu Unrecht ab, so findet § 347 keine Anwendung; so: Hälschner **2** 1055, Meves HH. **3** 955; aM.: RG. II 29. Mai 83, IV 19. Jan. 86, E. 8 313, **13** 254, Oppenh. N. 2, unter Umständen könne die Strafe aus § 347 auch denjenigen Beamten treffen, der, zur Uebernahme eines ihm zugeführten Gefangenen verpflichtet, diese ohne Grund ablehne. Zutreffend (vgl. § 120 N. 2 letzt. Abs.) ist von dem cit. RG. 19. Jan. 86 verneint, daß ein Polizeibeamter aus § 347 sich schuldig mache, wenn er einen von einer Privatperson Festgenommenen und Vorgeführten pflichtwidrig freilasse.

Das Anvertrauen muß zu einem der ausdrücklich bezeichneten Zwecke, d. h. zur Beaufsichtigung rc. geschehen, also z. B. nicht „behufs Vernehmung"; Meves aO.

4) „Entweichen" und „Befreiung" sind für das vorsätzliche Delikt aus Abs. 1 nicht in dem Sinne von einander verschieden, daß das erstere lediglich die Selbstbefreiung des Gefangenen bedeutet, während letztere nur von Dritten bewerkstelligt wird; denn wenn auch die Befreiung ohne Zuthun des Gefangenen bewirkt werden kann, so ist meist beides nicht von einander zu trennen; die Verschiedenheit liegt nur darin, daß das Entweichenlassen das unterlassene Verhindern der Selbstbefreiung, die Beförderung der Befreiung hingegen eine Unterstützung dieser Selbstbefreiung mittels positiver Thätigkeit zur Voraussetzung hat. Für das fahrlässige Delikt aus Abs. 2 ist aber diese Unterscheidung durch den Wortlaut beseitigt, welcher zu erkennen giebt, daß die Selbstbefreiung eines Gefangenen sowohl durch fahrlässige unterlassene Verhinderung derselben als auch durch fahrlässige positive Thätigkeit befördert oder erleichtert werden könne; dadurch tritt der mit dem Begriffe der Befreiung nothwendig verbundene Begriff des Entweichens in den Vordergrund, der Gedanke dagegen, daß der eine Entweichung Befördernde auch befreie, in den Hintergrund. So RG. I 2. Jan. 82 E. 5 324 u. ähnlich III 2. Juli 83 E. **9** 40, ferner Hälschner **2** 1055.

5) Der Begriff der „Entweichung" speziell setzt nicht bei dem Gefangenen das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit voraus; es ergiebt sich dieses, mit unabweisbarer Konsequenz auch für Abs. 2, nothwendig aus Abs. 1; denn der Beamte ist zweifellos straffällig, wenn er

vorsätzlich zuläßt oder sogar mitwirkt, daß der Gefangene der noch bestehenden Haft in gutem, aber irrigem Glauben an seine Berechtigung sich entzieht. So: RG. I 2 Jan. 82 E. 5 324, das in einem Falle aus Abs. 2 strafte, in dem ein Gefangenwärter einen Gefangenen in der irrthümlichen Annahme, dessen Strafzeit sei bereits abgelaufen, aus der Haft entließ, Hälschner 2 1055.

6) Im Falle des Absatzes 2 kann die Fahrlässigkeit (§ 59 N. 17) nicht schon durch Feststellung einer Dienstpflichtsverletzung, z. B. Zuwiderhdlg. gegen das Gefängnißreglement, für dargethan erachtet werden; RG. III 14. Febr. 87 E. 15 345 (vgl. im übrigen § 222 N. 4_2). Ist die Fahrlässigkeit festgestellt, so bedarf es des weiteren Nachweises hinsichtlich des, unmittelbaren oder mittelbaren, Kausalzusammenhanges zwischen derselben und der Entweichung des Gefangenen; v. Prittwitz G. 30 148, Bruck Fahrlssgkt. S. 41.

Mit Recht ist angenommen, daß ein Gefängnißbeamter des fahrl. Verg. sich schuldig machen könne, wenn er Gefangene den von der Polizeibehörde zu ihrer Abführung geschickten Transporteuren übergiebt, ohne deren unzureichende Anzahl zu beachten und ohne genügende Vorkehrungen zum sicheren Transport zu treffen; Berlin 7. Feb. 77 O. 18 97.

7) Ein Versuch (§ 43) des Verbr. aus Abs. 1 ist denkbar; Hälschner 2 1056, Meves HH. 3 955, v. Liszt S. 599 (obwohl Versuch der Beförderung als „Versuch der Beihülfe" erscheine), Rüb.-St. N. 7.

8) Anstiftung seitens des Gefangenen selbst ist strafbar (§§ 48 N. 20, 121 N. 4); aM. v. Kries ZfStRW. 7 542.

9) Die ordentliche Hauptstrafe des vollendeten Verbr. aus Abs. 1 ist Zuchthaus von 1—5 J. (§ 14_2), die für den Fall mild. Umst. (Th. I Abschn. 4 N. 13a ff.) angedrohte Hauptstr. Gefängniß von 1 Mt.—5 J. (§ 16). Als Nebenstr. kann nach § 32 sowohl neben Zuchth. wie neben Gef. VbbER. erkannt werden.

Der Versuch (N. 7) des Verbr. ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 strafbar.

Die Strafe des Verg. aus Abs. 2 ist wahlweise Gefängniß von 1 T.—6 Mt. oder Geldstr. von 3—600 M. (§ 27); die ev. an die Stelle der letzteren tretende Gefängnißstr. darf nach § 29_2 nicht mehr als 6 Mt. betragen.

Die Strafverfolgung verjährt beim Verbr. nach § 67_1 in zehn, beim Verg. nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73^2, 73^7, 75^{14}.

§. 348.

Ein Beamter, welcher, zur Aufnahme öffentlicher Urkunden befugt, innerhalb seiner Zuständigkeit vorsätzlich eine rechtlich erhebliche Thatsache falsch beurkundet oder in öffentliche Register oder Bücher falsch einträgt, wird mit Gefängniß nicht unter Einem Monat bestraft.

Dieselbe Strafe trifft einen Beamten, welcher eine ihm amtlich anvertraute oder zugängliche Urkunde vorsätzlich vernichtet, bei Seite schafft, beschädigt oder verfälscht.

PrStGB. § 323. Entw. I § 327, II § 344.

Vgl. § 349.

Zu § 348 Abs. 1. N. 1—11.

1) Das, in der Außerachtlassung einer besonderen Vertrauenspflicht in Beziehung auf die Herstellung einer konkreten Urk. (RG. II 23. Jan. 80 E. 1 162, I 29. Juni 85 R. 7 438) sich charakterisirende, Vergehen aus Abs. 1 ist ein eigentliches Amtsdel. (Abschn. 28 N. 1).

Da Subjekt desselben ein Beamter (§ 359) sein muß, andererseits aber nicht jeder Beamte, sondern nur ein zur Aufnahme öffentlicher Urk. befugter (N. 2) sein kann, so ist das Verg. zugleich ein Beamten-Delikt, das zu den sog. besonderen Amtsdel. gehört (Abschn. 28 N. 3a, 4b); so Hälschner 2 1064; aM. H. Meyer S. 880 N. 43.

2) Nur ein „zur Aufnahme" — nicht auch, wie im PrStGB. § 323, „zur Ausstellung" — öffentl. Urk. befugter Beamter kann Subjekt des Verg. sein. Unter „Auf-

nahme" ist aber nur der Akt zu verstehen, durch welchen der Beamte eine vor ihm von einem Anderen abgegebene Erklärung oder vor ihm bzw. durch ihn vollzogene Thatsachen zum Zwecke des Beweises feststellt; so: RG. III 13. März 80, 8. Nov. 83, I 17. Nov. 84, E. **1** 312, **9** 240, **11** 257, Geyer **2** 196, Hälschner **2** 1064, v. Liszt S. 599, v. Schwarze N. 1 A. 1; aM. Oppenh. N. 2, der darunter die Herstellung einer jeden mit voller Beweiskraft ausgestatteten Urk. seitens des amtlich dazu berufenen Beamten in Betreff einer existent gewordenen, rechtlich erheblichen, Thatsache oder ihrer Negative versteht; dahin neigt auch Rüd.-St. N. 3.

Uebrigens ist die Anwendbarkeit des Abs. 1 nicht auf die Kategorie der eigentlichen Beurkundungsbeamten i. e. S. (Richter, Notare, Standesbeamten) zu beschränken, sondern es ist jede nach der geltenden reichs- o. landesgesetzl. Rechtsordnung geregelte amtl. Zuständigkeit zur amtl. Beurkundung in dem oben gedachten S. unter die Strafnorm zu subsumiren; deshalb unter dieser Voraussetzung z. B. auch ein Briefträger; RG. I 28. Nov. 81, II 7. Feb. 82, III 8. Nov. 83, 5. Okt. 91, IV 12. Dez. 84, 15. Apr. 90, E. **5** 246, **6** 17, **9** 240, **22** 151, **11** 291, **20** 369. Immerhin aber wird Berechtigung u. Beruf des Beamten vorausgesetzt, über die konkrete Amtshdlg. einen Beweis zum öffentl. Glauben, ein für u. wider jedermann wirksames Beweismittel zu schaffen; RG. II 26. Okt. 86 E. **15** 4 (jene Voraussetzung bezüglich des Vorstehers einer ländl. Gemeinde im Gebiete des PrALR. lediglich auf Grund dieser seiner Eigenschaft verneinend).

3) Wegen „rechtlich erheblicher Thatsachen" vgl. §§ 267 N. 11—13, 271 N. 4. In Uebereinstimmung damit fordert auch § 348 nicht, daß die btr. Thatsache für den konkreten Zweck der Urk., sondern nur, daß sie in abstracto rechtserheblich sei; dafür hat namentlich alles dasjenige zu gelten, was der Beamte durch Gesetze oder auf Grund von Gesetzen erlassenen Instruktionen in die Urk. aufzunehmen angewiesen ist, wie z. B. durch CPO. § 682 bzw. die auf Grund des GVG. § 155 seitens der Landesjustizverwaltungen erlassenen Dienst- u. Geschäftsordnungen für Gerichtsvollzieher btr. der Pfändungsprotokolle, durch das PersonenstdsG. bzw. die dazu von zuständiger Seite erlassenen Instruktionen btr. der Personenstdsurk. So: RG. III 24. Mai 82, I 3. Dez. 85, IV 21. Feb., 23. März 88, E. **6** 361, **13** 116, **17** 169, R. **10** 266, Berlin 11. Okt. 78 O. **19** 456. In der Praxis ist die Rechtserheblichkeit z. B. bejaht:

bei Beurkundungen btr. Zustellungen bezüglich des vom PrGerichtsvollzieher bei Zustellungen durch die Post in dem von ihm abzufassenden Ersuchen nach der Geschäftsanweisung einzutragenden Datums der Abfassung; RG. 23. März 88 (s. o.); bzw. bezüglich der vom Postboten bescheinigten Thatsache, daß er das zuzustellende Schriftstück dem Adressaten übergeben o. daß er ordnungsmäßig zugestellt habe; RG. II 7. Feb. 82, 16. Sept. 84, E. **6** 17, **11** 77;

bei Beurkundungen btr. Pfändungen bzw. Zwangsversteigerungen seitens eines Gerichtsvollziehers btr. der Thatsache einer erfolgten wirksamen Pfändung, insbs. der Vornahme einer Besitzergreifung, sowie btr. der Thatsache der Angabe der abgepfändeten Gegenstände im Protokoll; RG. II 18. Apr. 82 E. **6** 184, I 11. Okt. 83 R. **5** 587, IV 16. Jan. 91 G. **39** 58; bzw. btr. der Bestimmung des Versteigerungstermines nach den Vorschriften der PrGerichtsvollzieherO. u. der PrGeschäftsanweisung f. Gerichtsvollzieher; RG. II 6. Apr. 86 R. **8** 261, IV 21. Feb. 88 E. **17** 169; bzw. btr. des zur Versteigerung gebrachten Objektes; RG. IV 24. Nov. 85 E. **13** 123;

bei Beurkundungen seitens eines Standesbeamten btr. der Thatsache, daß der Eheschließungsakt vor ihm selbst stattgefunden habe; RG. 3. Dez. 85 (s. o.); bzw. btr. der Thatsache, daß die Verhandlung dem Erschienenen vorgelesen u. von ihm genehmigt sei, bzw. daß die Eintragung in das Register an dem angegebenen Tage stattgefunden habe; RG. IV 21. Juni 89 G. **37** 203.

4) Für beide Fälle des Mischthatbestandes ist erforderlich, daß die Beurkundung oder Eintragung, bei welchen das Merkmal der Oeffentlichkeit gleichmäßig Anwendung findet, ihrer äußeren Form nach den für die Aufnahme öffentl. Urk. gegebenen Vorschriften entspreche; es muß objektiv eine vollgültige, beweiskräftige öffentl. Urk. her-

gestellt sein; RG. II 23. Dez. 79, III 13. März 80, IV 24. Juni, I 3. Dez., 29. Juni 85, E. 1 42, 312, 12 331, 13 116, R. 7 438. Wird der objektive Charakter einer öffentl. Urk. gewahrt, so genügt es, wenn die Herstellung der Urk. in der Weise durch den Beamten bewirkt wurde, daß die Urk. mit seinem Wissen und Willen bzw. in seinem Auftrage durch einen Dritten entworfen und dann von ihm unterschriftlich vollzogen wurde; so das cit. RG. 3. Dez. 85 btr. der Aufnahme einer standesamtl. Urk. nach Anzeige des Vorfalles beim Standesbeamten in seiner Abwesenheit durch einen Schreibgehülfen unter nachträglicher Unterzeichnung seitens des Beamten. Weiter geht noch Meves HH. 3 994, wenn er bei Veranlassung der Hdlg. des Beamten unter Einsetzung seiner amtl. Eigenschaft „eine persönl. Vornahme jener Hdlgen" nicht für erforderlich erachtet. Andererseits scheint das § 271 N. 2_2 cit. RG. IV 3. März 85 die Wirksamkeit der Ratihabition und die Bedeutung der äußeren Form zu verkennen.

5) Die Handlung selbst, wegen welcher § 271 zu vergl., muß von dem Beamten „innerhalb seiner Zuständigkeit" vorgenommen sein, d. h. er muß in concreto, also sachlich und örtlich (vgl. §§ 110 N. 20, 116 N. 3), zuständig sein; so: Berner S. 657, Hälschner 2 1065, F. Meyer N. 2, Oppenh. N. 3, v. Schwarze N. 7; aM. Puchelt N. 3, welcher „die sachliche, nicht immer auch die örtliche Zuständigkeit" erfordert. Nicht erforderlich ist dagegen, daß der zuständige Beamte zugleich in rechtmäßiger Amtsausübung (§ 113 N. 12) sich befunden habe; RG. IV 13. Dez. 89 E. 20 119 (btr. eines Gerichtsvollziehers, welcher eine Zwangsvollstreckung in das bewegl. Vermögen des Schuldners vornahm, obgleich letzterer nur d. W. der Zwangsvollstreckung in ein Grundstück verurtheilt war).

In der Praxis wurde das Vorliegen des Erfordernisses der „Zuständigkeit"

a. bejaht btr. des „Pflegers" eines nach der BayerGemeindeO. gewählten Ortsausschusses zur Beurkdg. von Vorgängen, welche mit Bezug auf die ortschaftliche Vermögensverwaltung gesetzlich vorgeschrieben sind; RG. I 4. Feb. 89 E. 18 391;

b. verneint btr. der nach der BayerGemeindeO. als poliz. Aufsichts- und Vollzugsorgane angestellten Fleischbeschauer vor ihrer Verpflichtung; RG. I 25. Apr. 89 E. 19 180; vgl. ferner München 21. Apr. 76 St. 6 50 u. Stuttgart 29. Nov. 76 St. 7 196, dieses jedoch unter der in dieser Allgemeinheit zu weit gehenden Motivirung, daß ein Beamter nicht zuständig sei, in eigener Sache Beurkundungen vorzunehmen (vgl. dagegen RG. I 17. Juni 80 R. 2 76).

6) Speziell die amtliche Beurkundung btr., so ergiebt sich aus ihrem Wesen von selbst, daß der beurkundende Beamte der Verhandlung, deren Vorgänge er beurkunden soll, von Anfang an beiwohnen muß, daß ferner, wenn auch das Protokoll von einem Dritten geschrieben und allenfalls selbst vorgelesen wird, jedenfalls das letztere in Gegenwart der Urkundsperson geschehen muß; RG. I 3. Dez. 85, 8. März 86, E. 13 116, 393 (beide insbs. btr. d. PersonenstdsG.). Im übrigen vgl. §§ 267 N. 3, 5 bzw. 271 N. 6; dementsprechend RG. IV 12. Dez. 84 E. 11 291 (der Charakter der „Beurkundung" könne nur denjenigen Vermerken eines Beamten beigelegt werden, welche dazu bestimmt seien, unter der Autorität des öffentl. Glaubens für u. gegen Dritte ein authentisches beweisendes Schriftstück herzustellen, nicht aber jeder schriftlichen Bemerkung, welche ein Beamter nach den für ihn maßgebenden Dienstanweisungen über eine dienstliche Thätigkeit zu machen habe) sowie das o. N. 2_2 cit. RG. 26. Okt. 86.

7) Speziell für die amtliche „Eintragung in öffentliche Register oder Bücher" ergiebt sich, entsprechend dem Begriffe der amtlichen Beurkundung (N. 6), daß die Thatsache der Führung von Büchern seitens eines Beamten innerhalb seines Dienstkreises, z. B. behufs Kontrole der von ihm gemachten Einnahmen und Ausgaben oder zu anderen Zwecken des inneren Dienstes, nicht ausreicht; so die N. 4 citt. RG. 23. Dez. 79, 13. März 80. Was im übrigen die Frage betrifft, ob auch dieser Mischthatbestand durch das Unterlassen einer Eintragung begangen werden könne, so erscheint in Berücksichtigung der abweichenden Ausdrucksweise des § 351 („unrichtige Führung"; das. N. 5) die Annahme gerechtfertigt, daß eine Nichteintragung nur insofern den Thatbestand erfülle, als sie in Verbindung mit einer o. mehreren Eintragungen diese als „falsch" erscheinen läßt; so: Meves HH. 3 993 f., F. Meyer

N. 6, Rüd.-St. N. 9; aM. v. Kirchmann N. 1 u. Puchelt N. 4, die ohne weiteres die Unterlassung einer Eintragung hierher rechnen, während Oppenh. N. 12 u. v. Schwarze N. 4 die Unterlassung als Falsch-Eintragung ansehen, sobald dadurch dem Register „im Ganzen" ein unrichtiger Inhalt gegeben werde.

8) Die Eigenschaft der „Oeffentlichkeit" (N. 4) einer „Urkunde" (vgl. §§ 267 N. 5 ff., 271 N. 2) bzw. der „Register und Bücher", in welche die Eintragung geschah, ist beispielsweise

I. bejaht: a. in der Praxis des RG. btr.: der Bescheinigung eines vom Standesbeamten ersuchten Gemeindevorstehers über den erfolgten Aushang des Aufgebots gemäß PersonenstdsG. § 46; III 7. Mai 81 E. **4** 155; der Einlieferungsscheine über bei der Post erfolgte Geldeinzahlungen; III 8. Nov. 83 E. **9** 240; des Postannahmebuches B. (wg. § 27 der PostO. v. 8. März 79); I 26. Jan. 91 E. **21** 310; des Protokolles eines Bad. Bürgermeisters u. eines als Protokollführer zugezogenen Rathsschreibers über einen bei dem Gemeinderechner vorgenommenen Kassensturz; I 28. Nov. 81, 10. Jan. 84, E. **5** 246, **10** 35; des mit Eintragungen beweiserheblichen Inhalts versehenen allg. Dienstregisters des Gerichtsvollziehers; II 25. Nov. 82 E. **7** 252; der Bescheinigung eines els.-lothr. Bürgermeisters über die Richtigkeit der Gemeindeausgaben; I 11. Dez. 79, 7. Apr. 84, R. **1** 142, E. **10** 275; des von einem PrGemeindevorsteher ausgestellten Ursprungsattestes für Viehstücke; I 17. Juni 80 R. **2** 76; der die amtliche Unterlage für den Nachweis der Uebertragung von Grundeigenthum und damit zusammenhängender dinglicher Rechte bildenden Grundakten in allen ihren einzelnen Theilen (vgl. § 267 N. 21 I g); III 10. Mai 82 R. **4** 470; der von einem Gerichtsvollzieher, selbst ohne Erwähnung seiner, übrigens aus dem Inhalte erkennbaren, Amtseigenschaft bei der Unterschrift, aufgenommenen Pfändungsurkunde; III 14. Juni 82 R. **4** 563; der von einem verpflichteten BayerFleischbeschauer geführten Verzeichnisse über die beschauten Schlachtthiere; I 26. Jan. 88 E. **17** 76; der von einem PrGerichtsvollzieher aufgenommenen Protokolle über Einstellung der Zwangsvollstreckung in Folge freiwilliger Zahlung bzw. Vorlegung einer Quittung; II 14. Feb. 88 R. **10** 145, IV 13. Dez. 89 E. **20** 119;

b. in der Praxis anderer Gerichte: btr. eines Steuererhebungsjournals; eines seitens eines Polizeiverwalters aufgenommenen Protokolles die Angelegenheiten der Provinzialfeuersozietät btr.; der dienstlichen Korrespondenz eines Beamten mit seiner vorgesetzten Dienstbehörde, soweit dieselbe nicht lediglich den inneren Dienst zum Gegenstande hat, sondern dazu bestimmt und in erkennbarer Weise geeignet ist, als Beweisstück für die von der Regierung ausgegangenen Akte, z. B. für die von ihr befolgte Politik, zu dienen; der im § 363 gedachten Legitimations- u. anderen Papiere (so die GM.); des von dem Vorsteher einer Postbehörde aufgenommenen Protokolles über die Bestellung einer Postsendung; Berlin 21. Feb. 72, 26. Feb. 73, 20. Okt. 75 (Arnimprozeß), 9. Jan., 23. März 77, O. **13** 159, **14** 168, **16** 667, **18** 17, 248; btr. des seitens eines Schultheißen an die vorgesetzte Dienstbehörde erstatteten Berichts über einen beim Gemeindepfleger vorgenommenen Kassensturz bzw. einer entsprechenden Eintragung in das Kassenbuch; Stuttgart 12/19. Jan. 76 St. **6** 376;

II. verneint: a. in der Praxis das RG. btr.: des seitens eines Gerichtsvollziehers — ohne Aufnahme und Beifügung eines Protokolles — dem Gerichte über die Ausführung einer Zwangsvollstreckung erstatteten Berichtes und des entsprechenden Eintrages in die Beitreibungsliste und das Dienstregister bzw. des in Gemäßheit der Allg. Verf. des PrJustizministers v. 23. Feb. 85 vollzogenen Eingangsvermerkes auf einem bei ihm eingegangenen amtl. Auftrage; II 14. Juni 81, IV 10. Jan. 90, E. **4** 283, **20** 175; der in § 14 der Ministerialanweisung v. 15. Sept. 79 zur PrV. v. 7. Sept. 79 btr. das Verwaltungszwangsverfahren wg. Beitreibung von Geldbeträgen vorgeschriebenen Auszüge aus den Restverzeichnissen bzw. der von den Vollziehungsbeamten in dieselben eingetragenen Vermerke über die Ausführung der Mahnung; III 2. Okt. 90 E. **21** 104; der Zahlungsanweisung seitens eines Beamten (eines in der Verfügungsgewalt desselben beruhenden Zahlungsauftrages); I 7. Apr. 84 (s. o. I a); des Bestellvermerks eines Landbriefträges auf einer Postanweisung (weil derselbe nach der Dienstanweisung f. Landbriefträger vom 1. Mai 1882 § 25 lediglich für den inneren

Verkehr bestimmt sei); IV 12. Dez. 84 E. 11 291; des von einem PrGemeindevorsteher Namens des Gemeindevorstehers geschlossenen Jagdpachtvertrages; IV 16. Jan. 91 E. 21 297;

b. btr. der nur dem inneren amtlichen Verkehr und Kontroldienst angehörigen Urkunden und Bücher; Dresden 4. Aug. 75 St. 6 49.

9) Zur **Vollendung** des Verg., dessen Versuch nicht strafbar (§ 43_2), gehört das **Gebrauchmachen** von der Beurkundung o. Eintragung nicht; so: **RG.** I 19. Nov. 83 E. 9 214, Hälschner 2 1066, v. Schwarze N. 8; zu Unrecht deshalb **RG.** III 14. Juni 82 R. 4 563, die Beurkundung einer Thatsache durch eine Urk. vollziehe sich dadurch, daß von der vollendeten Urk. als solcher der ihrer Bestimmung entsprechende Gebrauch gemacht werde. Allerdings führt diese Entsch. richtig aus, daß bei der **Beurkundung** die Vollendung nicht ohne weiteres mit der Niederschrift als solcher zusammen fällt, während freilich die That bei der Falsch-Eintragung in ein öffentl. Register nothwendig mit dieser selbst juristisch vollendet ist. Bei der Beurkundung dagegen fragt es sich, wie lange das Niedergeschriebene als bloßer **Entwurf** anzusehen sei. Das Vorliegen eines solchen ist jedenfalls zu verneinen und vollendete Beurkundung anzunehmen, sobald der Niederschreibende das Schriftstück aus seiner Verfügungsgewalt gegeben und somit der Aenderungsmöglichkeit sich begeben hat; andererseits kann, wenn nicht von vornherein Fälschungsabsicht vorliegt, ein auf eine **zukünftige** Thatsache bezügliches Schriftstück stets nur einen Entwurf darstellen; **RG.** I 19. Nov. 83, 17. Nov. 84, 14. Jan. 86, E. 9 214, 11 257, R. 8 46 (s. u. N. 10_3); letzteres führt noch aus, daß das wissentl. „Gebrauchmachen" nicht entsprechend den §§ 270, 273 (im Verhältnisse zu den §§ 267, 271) unter eine bezügliche Strafdrohung gestellt sei, daß solches jedoch erübrige, weil derartige Fälle (nach den obigen Ausführungen) „regelmäßig" durch § 348 mit betroffen würden, indem die Beurkundung „regelmäßig" erst mit dem Gebrauchmachen stattfinde.

10) Was den **subjektiven Thatbestand** betrifft, so bedarf zunächst die ausdrücklich hervorgehobene „**Vorsätzlichkeit**" stets einer Feststellung (§ 59 N. 22); **RG.** IV 24. Nov. 85 E. 13 123. Im Einzelnen bedingt die Vorsätzlichkeit namentl. das Bewußtsein von der **Unrichtigkeit** der Beurkundung; **RG.** I 10. Jan. 84, 3. Dez., IV 24. Nov. 85, E. 10 35, 13 116, 123, Dresden 3. Juni 72 St. 2 131; dieses Bewußtsein setzt voraus, daß der Beamte auch verstanden habe, was er beurkundete, namentl. beim Gebrauche gewisser (technischer) Ausdrücke den Sinn derselben; so cit. **RG.** 10. Jan. 84. Der Vorsatz erfordert ferner das Bewußtsein von der **Rechtserheblichkeit** der btr. Thatsache; **RG.** I 17. Jan., 9. Juni 81, 7. Apr. 84, IV 24. Nov. 85, II 16. Sept. 84, 20. Sept. 81, E. 3 324, 4 277, 10 275, 13 123, 11 177, R. 3 501, München 26. Mai 73, 21. Dez. 77, St. 2 330, 8 298; aM. Rüd.-St. N. 6b.

Dieses Bewußtsein liegt bei der Beurkundung solcher Thatsachen, welche rechtserheblich sind, weil sie kraft Gesetzes zc. in die Urk. aufzunehmen sind (N. 3), schon dann vor, wenn der Beamte sich bewußt ist, daß die Anweisung richtiger Beurkundung für ihn besteht; **RG.** III 24. Mai 82 E. 6 361; so im wesentlichen auch **RG.** III 6. Juni 85 E. 12 297, das darüber sich verhält, unter welchen Voraussetzungen auch der **eventuelle** Dolus (§ 59 N. 6), der an sich mit **RG.** IV 7. Juni 87 R. 9 361 für ausreichend erachtet wird, als ausgeschlossen angesehen werden könne; vgl. auch IV 14. Feb. 90 E. 20 236, das i. c. den event. Dolus verneinte. Die Vorsätzlichkeit erfordert endlich, daß der Beamte seiner gesetzlichen o. instruktionsmäßigen **Pflicht**, richtig zu beurkunden bzw. einzutragen, sich bewußt gewesen sei; **RG.** II 16. Sept. 84 E. 11 77. Wohnt ihm auch dieses Bewußtsein bei, so wird das generelle Dolusmerkmal, das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit (§ 59 N. 30), welches Dresden 2. Juni 72 St. 2 131 an sich mit Recht fordert, von selbst vorliegen. Fehlt das Bewußtsein nach der einen oder der anderen Richtung, so ist der nöthige Dolus nicht vorhanden, sollte auch der Mangel des Bewußtseins auf einem Rechtsirrthum beruhen; vgl. das cit. **RG.** 14. Feb. 90; aM. das cit. **RG.** 16. Sept. 84, falls der Beamte in einem Irrthum über den, einen Bestandtheil des Strafgesetzes bildenden, Rechtsbegriff des „rechtlich Erheblichen" sich befunden habe (§ 59 N. 31 aa).

Da die Vorsätzlichkeit den Willen erfordert, eine Urk. unrichtigen Inhalts herzustellen, so schließt der Wille des Thäters, ein Schriftstück blos als einen, noch in seiner Verfügungsgewalt verbleibenden, **Entwurf** einer Beurkundung zu fertigen, den Thatbestand des Abs. 1 aus; erst

wenn der Verfertiger den Entschluß faßt, den Entwurf als Urk. gelten zu lassen und als solche ihrem bestimmungsmäßigen Gebrauche zuzuführen o. zu überlassen, liegt der Vorsatz, zu beurkunden, vor; so die o. N. 9 citt. RG. 19. Nov. 83, 17. Nov. 83, 14. Jan. 86. Zu dem durch die Herstellung des Schriftstückes bereits gegebenen objektiven Elemente muß das vom Gesetz erforderte subjektive Element des Vorsatzes hinzutreten; so RG. IV 17. Mai 89 E. **19** 243, welches deshalb einen Gerichtsvollzieher aus § 348 strafte, der als Anfertiger des Entwurfs einer Zustellungsurk., nachdem letztere ohne seinen Willen durch einen Dritten zu amtlichen Akten übergeben worden war, auch nach Kenntnißerlangung hiervon nichts zur Verhinderung des der objektiven Bestimmung der Urk. entsprechenden Gebrauches that.

Eine „rechtswidrige Absicht" i. S. des § 267 (das. N. 46) ist nicht erforderlich; RG. I 9. Juni 81, IV 24. Nov. 85, 7. Juni 87, E. **4** 277, **13** 123, R. **9** 361. Der verfolgte Zweck bzw. seine Rechtswidrigkeit sind unerheblich; RG. I 19. Nov. 83 E. **9** 214, citt. 24. Nov. 85, 7. Juni 87.

11) Was das Verhältniß des § 348$_1$ zum § 267 (das. N. 30$_2$) betrifft, so schließen beide Thatbestände sich begrifflich aus; so: RG. I 17. Apr. 82, 29. Juni 85, R. **4** 343, **7** 438, Berlin 7. Dez. 76, 19. Juni 79, St. **7** 177, O. **20** 305; aM. Oppenh. § 267 N. 49.

Zu § 348 Absatz 2. N. 12—18.

12) Das, in der Außerachtlassung einer besonderen Vertrauenspflicht in Beziehung auf die Erhaltung einer konkreten Urk. bestehende, Verg. aus Abs. 2 (so RG. II 23. Jan. 80, 25. Nov. 82, IV 23. Sept. 84, E. **1** 162, **7** 252, **11** 85) erfordert als Subjekt einen Beamten (§ 359), andererseits aber kann ein jeder Beamter Thäter sein; denn es wird nur erfordert, daß dem „Beamten eine Urkunde amtlich anvertraut oder zugänglich sei" (N. 13 f.); Hälschner **2** 1061. Das Delikt ist deshalb ein sog. allgemeines Amtsdel., das zugleich ein Beamten-Delikt ist (Abschn. 28 N. 3a, 4a).

13) Der Begriff der „Urkunde" i. S. des Abs. 2 ist nicht eingeschränkt; auch für Privaturk. ist deshalb die Beweiserheblichkeit für Rechte 2c. kein Erforderniß; so die GM.; vgl. jedoch RG. II, III 19. Dez. 87 E. **17** 103, welches „Beweisfähigkeit" als zum Wesen jedes Beweismittels gehörig auch von der Urk. i. S. des § 348$_2$ erfordert, im übrigen dahin gestellt lassend, ob dies Erforderniß von dem der „Beweiserheblichkeit" bei Privaturk. i. S. des § 267 (das. N. 3d, 4) zu unterscheiden sei. Der Begriff ist sonach der juristisch-technische, wie er für das Rechtsleben überhaupt nur in Frage kommt (§ 267 N. 3a) und bedingt daher — außer der Bestimmung zum Beweise (§ 267 N. 3b; so das cit. RG. II, III) — Rechtserheblichkeit (§ 267 N. 3c) des Inhaltes der Urk. So: Hälschner **2** 1061, Merkel HRgutachten S. 26 ff., John ZfStRW. **4** 14, **6** 12 (hier namentl. die Bedeutung u. Tragweite des u. cit. Berlin erörternd). AM.: RG. I 8. Nov. 80, II 23. Jan. 80, III 23. Okt. 83, IV 21. Feb. 88, E. **2** 425, **1** 162, **9** 141, **17** 169, Berlin 25. März 74 St. **4** 70, Meves HH. **3** 956, H. Meyer S. 880, Börne GS. **41** 396, welche annehmen, daß § 348$_2$ den allg. Urkbegriff (§ 267 N. 2) voraussetze, der nur die Beweiserheblichkeit für irgend eine Thatsache erfordere. Bezüglich der von einem Vorgesetzten an den untergebenen Beamten erlassenen Erinnerungsschreiben bejahte übrigens RG. II 22. Jan. 84 R. **6** 42 die Rechtserheblichkeit der durch dasselbe zu beweisenden Thatsachen, während das in N. 15a Abs. 2 zum § 267 cit. RG. 4. März 89 den in Gemäßheit der GebührenO. f. Gerichtsvollzieher § 23 ausgestellten Kostennoten die Eigenschaft von Privaturk. selbst i. S. des § 348$_2$ absprach, weil sie auch nicht zum Beweise einer „außerrechtlichen" (sic) Thatsache geeignet seien.

14a) Die fraglichen Urk. brauchen nicht „amtliche" zu sein, vielmehr kommen auch beliebige Privaturk. in Betracht. Wenn daher erfordert wird, daß die Urk. dem Beamten „amtlich anvertraut oder zugänglich" sind, so ist das entscheidende Merkmal nicht eine Beziehung der Urk. zum Amte, sondern vielmehr die ihr gegebene, eine Verfügung des Beamten ermöglichende Bestimmung; Merkel HRgutachten S. 50 f.

b) Wegen „amtlich anvertraut" vgl. § 246 N. 23, insbs. das das. cit., den § 348$_2$ betreffende, RG. IV 23. Sept. 84 (auch E. **11** 85), welches dieses Thatbestandsmerkmal verneinte, weil dem Beamten die Verletzung einer besonderen Vertrauenspflicht btr. Aufbewahrung der verfälschten Urk. weder dem Staate, noch den betheiligten Privaten gegenüber zur Last fiel (s. o. N. 12). Darnach erfordert der Begriff jedenfalls, daß die Urk. amtlich

in den Gewahrsam des Beamten gelangt ist (Meves § 353a N. 9 u. HH. 4 345, Oppenh. N. 14), gleichgültig ob durch Uebergabe seitens eines Beamten oder eines Privaten (Rubo N. 7). Andererseits genügt jenes aber nicht, vielmehr muß die Einräumung der Verfügungsgewalt auf einem, wenn auch nur stillschweigenden Vertrauensakte beruhen, so daß nicht jede amtliche Erlangung des Gewahrsams (z. B. Auffinden einer verloren gegangenen Urk. seitens des btr. Revier-Polizeibeamten) jenes Thatbestandsmoment erfüllt; so v. Schwarze N. 9 A. 7; aM.: Hälschner 2 1061, H. Meyer S. 880 N. 46, Oppenh. N. 14.

c) „Amtlich zugänglich" ist einem Beamten eine Urk., sobald seine amtliche Stellung ihm ermöglicht, zu der bereits vorhandenen Urk. zu gelangen; RG. II, III 19. Dez. 87 E. 17 103 (deshalb den Thatbestand verneinend bei Beiseiteschaffung einer Urk., welche der Beamte in einer außerhalb seiner Amtsbefugnisse liegenden, vielmehr gegen seine Amtspflichten verstoßenden Weise erst für sich hatte herstellen lassen), ferner: Meves aO., Oppenh. N. 15, Rubo N. 8. Der an einer Urk. bestehende Gewahrsam des Beamten schließt übrigens den Begriff der „Zugänglichkeit" nicht aus, so daß dieses Moment auch dann angenommen werden kann, wenn die zwar im Gewahrsam des Beamten befindliche Urk. dennoch als eine „anvertraute" nicht anzusehen ist (b).

d) Da eine Urk. einem Beamten zunächst amtlich anvertraut, später aber, nachdem sie an den amtlichen Verwahrungsort gebracht worden, noch amtlich zugänglich sein kann, so schließt Eins das Andere nicht aus, weshalb einerseits betreffs derselben Urk. beide Alternativen zugleich festgestellt werden können (RG. IV 2. Juli 89 G. 37 296), andererseits aber bei der gesetzlichen Gleichstellung beider Fälle auch eine alternative Feststellung (§ 47 N. 29) zulässig erscheint (Berlin 20. Okt. 75 O. 16 667). In der Praxis wurden mit Recht beide Alternativen verneint btr. der in einem verschlossenen, der Post anvertrauten, Briefe enthaltenen Urk. bezüglich des Postbeamten, welcher die Sendung zur dienstl. Bestellung übernommen hatte; RG. I 15. März 83 E. 8 196.

15) Die Hdlg. selbst besteht:

a. entweder im „vernichten, bei Seite schaffen, beschädigen" (so auch im § 133_1; das. N. 4, 5), während die bloße Verheimlichung nicht mit Strafe bedroht ist; so das in N. 5 zum § 133 cit. RG. 28. Feb. 84; speziell das „bei Seite schaffen" bezeichnet zur Unterscheidung vom bloßen Disziplinarverg. nur eine solche Verfügung über die Urk., welche gg. die, durch die amtl. Verwahrung gewährte Sicherheit für die Erhaltung der Integrität u. Gebrauchsfähigkeit der Urk. gerichtet und diese aufzuheben o. mindestens zu beeinträchtigen bestimmt ist; RG. IV 29. Apr. 92 E. 23 99;

b. oder im „verfälschen" (§ 267 N. 25 ff.) einer Urk.; wegen eines praktischen Falles vgl. RG. IV 29. Okt. 89 G. 37 364 (btr. der durch einen Standesbeamten ohne Wissen u. Willen des Unterzeichners vorgenommenen Veränderung der Unterschrift des einen Geburtsfall Anzeigenden).

16) In subjektiver Hinsicht wird die Vorsätzlichkeit der Hdlg. ausdrücklich erfordert; vgl. § 133 N. 7. Wegen des Erfordernisses des Bewußtseins der Widerrechtlichkeit vgl. RG. IV 29. Okt. 89 G. 37 364. Ein besonderes Motiv wird hier keineswegs verlangt (vgl. § 274^1 N. 7a); RG. III 10. Mai 82 R. 4 470.

17) Das Verhältniß des Abs. 2 zu anderen §§. kommt namentl. in Betracht:

a) Zum § 133; die GM., insbs. RG. I 8. Nov. 80 E. 2 425, erachtet § 348 gegenüber dem § 133 als das speziellere Gesetz, folglich Idealkonk. für ausgeschlossen (§ 73 N. 12); dieses ist zweifellos richtig, soweit der einf. Thatbestand des § 133_1 in Betracht kommt; mit dem qualifizirten aus § 133_2 erscheint dagegen Idealkonk. möglich, weil § 348 eine „gewinnsüchtige Absicht" nicht erfordert; unbeschränkt nimmt die Möglichkeit einer Idealkonk. Dresden 13. März 76 St. 6 219 an.

b) Zum § 267; soweit es um ein „verfälschen" sich handelt, ist Idealkonk. möglich; denn abgesehen davon, daß für § 348_2 auch eine nicht beweiserhebliche Privaturk. als Objekt in Betracht kommen kann (N. 13), erfordert auf der einen Seite § 267 ein „Gebrauchmachen", auf der anderen § 348_2 als Subjekt einen „Beamten", als Objekt „eine amtlich anvertraute o. zugängliche Urkunde".

c) Zum § 274 [1]; soweit es um ein „vernichten, beschädigen" oder um ein „bei Seite schaffen" bzw. „unterdrücken" sich handelt, kann Idealkonk. stattfinden; denn § 348, erfordert als Objekt nicht nothwendig eine für den Beamten mindestens theilweise „fremde" Urk.; dabei ist die Strafe aus § 274 [1] als dem härteren Gesetze zu bestimmen (§ 73 N. 29 I b α_1); aM. Meves HH. 3 956, welcher Anschluß des § 274 [1] durch § 348, annimmt.

d) Zu §§ 350, 351; vgl. das. N. 6 bzw. N. 10.

18) Aus den Ausführungen in N. 17 ergiebt sich, daß das Verg. aus § 348, ein eigentliches Amtsdel. ist (Abschn. 28 N. 1), soweit es um ein „verfälschen" sich handelt, dagegen ein „uneigentliches" (Abschn. 28 N. 2), soweit eine der anderen Hdlgen in Frage kommt, da die amtliche Eigenschaft des Thäters (§ 50 N. 4 Ie) und die amtliche Beziehung zur Urk. nur einen straferhöh. Umstand i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 bildet und dem § 348, insoweit nur die allgemeine Norm des § 133 zu Grunde liegt.

Theilnahme; Strafe, Verjährung, Zuständigkeit. N. 19, 20.

19) Wegen Theilnahme greifen die allg. Grundsätze des Th. I Abschn. 3 Platz. Dies gilt insbs. auch von der Anstiftung bzw. Beihülfe (§§ 48, 49) des eine Erklärung Abgebenden zu dem Verg. aus Abs. 1 des § 348, in welchem Falle der die Unkenntniß des Beamten von der Unrichtigkeit des zu Beurkundenden voraussetzende § 271 (das N. 3) keine Anwendung finden kann; so: RG. III 19. Okt. 85 E. 13 52, München 28. Juni 79 BayerE. 9 339, Oppenh. N. 20, Rüd.-St. N. 14.

Wegen eines praktischen Falles der Beih. zum V. aus § 348, vgl. RG. I 3. Dez. 85 E. 13 161.

20) Die Strafe ist im Falle des Abs. 1 u. 2 (wegen „Dieselbe Strafe trifft" vgl. § 49a N. 21,) Gefängniß von 1 Mt.—5 J. (§ 16).

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67, in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73 [1], 27.

§. 349.

Wird eine der im §. 348 bezeichneten Handlungen in der Absicht begangen, sich oder einem Anderen einen Vermögensvortheil zu verschaffen oder einem Anderen Schaden zuzufügen, so ist auf Zuchthaus bis zu zehn Jahren und zugleich auf Geldstrafe von einhundertfunfzig bis zu dreitausend Mark zu erkennen.

PrStGB. § 323. Entw. I § 327, II § 345.

1) Die Delikte aus § 348 gestalten sich durch Hinzutritt eines i. S. der StPO. §§ 262 264, 266, 295 straferhöh. Umst., wegen dessen § 268 N. 1 ff. (insbs. die in N. 2, citirten RG. 8. Dez. 87 u. 9. Okt. 88) zu vergleichen, zu Verbrechen. Daß ein rechtswidriger Vermögensvortheil nicht erforderlich sei, nimmt auch Meves HH. 3 956, 994 an.

2) Ein Versuch (§ 43) der Verbr. aus § 349 ist denkbar.

3) Die Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus von 1—10 J. (§ 14,) und damit verbunden Geldstr. von 150—3000 M. (vgl. § 27 N. 1, u. damit hier übereinstimmend RG. II 14. Mai 89 E. 19 234), die nach § 28, für den Nichtbeitreiblichkeitsfall in Zuchthaus umzuwandeln ist. Als Nebenstr. ist nach § 32 VbdER. zulässig.

Der Versuch (N. 2) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen; auf Geldstr. muß erkannt werden, wobei nach § 44, Ermäßigung bis auf ein Viertheil von 150 M. eintreten kann.

4) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67, in zehn Jahren.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73 [2—7], 136 [1].

§ 350.

Ein Beamter, welcher Gelder oder andere Sachen, die er in amtlicher Eigenschaft empfangen oder in Gewahrsam hat, unterschlägt, wird mit Gefängniß nicht unter drei Monaten bestraft; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Der Versuch ist strafbar.

PrStGB. § 324. Entw. I § 328, II § 346.

1) Das Verg. aus § 350 ist ein uneigentliches Amtsdelikt (Abschn. 28 N. 2).

Subjekt des Deliktes muß ein Beamter (§ 359) und kann andererseits ein jeder Beamter sein, so daß es zugleich ein Beamten-Delikt ist, das zu den allgemeinen Amtsdel. gehört (Abschn. 28 N. 3a, 4a); Hälschner 2 1056.

2) Durch das Wort „unterschlägt" wird auf den Thatbestand des gemeinen Verg. der Unterschl. aus § 246 verwiesen, dessen sämmtliche Erfordernisse auch im Falle des § 350 vorliegen und gemäß StPO. § 293 festgestellt werden müssen; RG. I 30. Sept. 80 E. 2 279; trotzdem hat RG. III 9. Apr. 88 E. 17 293 angenommen, daß es bei einer auf Amtsunterschl. gerichteten Anklage der Hinweisung gemäß StPO. § 264 bedürfe, um eine Verurtheilung wegen einf. Unterschl. zu ermöglichen. Den straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 gegenüber dem gemeinen Delikte bildet die Beamteneigenschaft des Subjektes (N. 1 sowie § 50 N. 4 I e), und zwar zur Zeit der Unterschl. selbst (Abschn. 28 N. 5), in Verbindung mit der amtlichen Beziehung zu dem Objekte (N. 3); Berlin 9. Mai 79 O. 20 256.

3) „In amtlicher Eigenschaft" muß der Beamte die den Gegenstand der Unterschl. bildende Sache „empfangen oder in Gewahrsam haben".

Jener Begriff ist mit dem der „amtlichen Zuständigkeit" nicht gleichbedeutend, geht vielmehr über denselben hinaus. Dementsprechend bejaht die Praxis in Uebereinstimmung mit der überwiegenden Meinung (vgl. jedoch andererseits: Hälschner 2 1057, H. Meyer S. 878, v. Kirchmann N. 1, F. Meyer N. 2, Rubo N. 2) die „Empfangnahme ꝛc. in amtlicher Eigenschaft" bei Annahme von Geldern seitens eines nicht zur Empfangnahme zuständigen Beamten, sei es, daß der Beamte selbst darüber im Irrthum war (Berlin 12. März 75 St. 5 172) oder nicht, sei es, daß ihm solche in formell oder materiell unzulässiger Weise übertragen war, sei es, daß sie ihm in keiner Weise zustand bzw. sogar verboten war, wenn nur die Hingabe in der Meinung der Berechtigung des Beamten erfolgte. So: RG. I 19. Jan. 80, III 17. Dez. 79, 14. Apr. 80, E. 1 153, 124, R. 1 591 (letzteres btr. eines nicht nach den Bestimmungen der Geschäftsordnung bestellten Vertreters), Berlin 4. Apr. 72, 1. Mai, 20. Feb., 3. Juni, 10. Dez. 74 St. 1 238, O. 15 270, 109, 357, 852 (die ersteren beiden btr. Empfangnahme kraft Auftrages des Vorgesetzten, auch wenn jener nicht innerhalb der gesetzlich zugewiesenen Amtsfunktion lag, die letzteren btr. der Empfangnahme seitens eines Exekutors, dem solche nicht zustand bzw. ausdrücklich untersagt war).

Andererseits aber erfordert „eine Empfangnahme ꝛc. in amtlicher Eigenschaft" immer eine „Amtshandlung", eine „Amtsausübung" (Rubo N. 2), und genügt nicht, wenn die Zahlung an den Beamten lediglich „bei Gelegenheit einer Amtshandlung" oder „aus Veranlassung der Ausübung seines Amtes" oder mit Bezug auf seine amtliche Stellung erfolgte, wie z. B. wenn er wegen derselben als besonders zuverlässiger Vermittler angesehen werde; so: RG. I 3. Juni 80, 7. Juli 90, II 6. Mai 81, E. 2 84, 21 51, 4 153, v. Liszt S. 600; aM. Berlin 28. März 79 O. 20 169.

Dementsprechend ist jenes Thatbestandsmoment in der Praxis

I. angenommen: bei Zahlung eines Geldbetrages an einen Landbriefträger, um eine Postanweisung über den Betrag auszufertigen und diesen mit derselben der Postanstalt zu übergeben, weil Landbriefträger nach ihrer Instruktion zur Annahme von im Wege der Postanweisung zu übermittelnden Geldbeträgen verpflichtet seien (wenn auch nur unter Ueberlieferung eines ausgefüllten Anweisungsformulars); RG. II 4. Apr. 84 R. 6 271; bei Zahlung von Postanweisungsbeträgen seitens der vorgesetzten Behörde an einen Bayer. Postbeamten behufs Uebermittelung an die Adressaten; RG. I 22. Dez. 87 E. 16 437; bei Empfangnahme von Geld für den Gläubiger seitens des von diesem mit Zustellung eines Zahlungsbefehls beauftragten Gerichtsvollziehers; RG. I 10. Jan. 89 E. 18 341 (btr. § 352); bei Zahlungen an Beamte im Hinblick auf ihre amtliche Annahmeberechtigung, jedoch unter Ueberlassung der Erfüllung gewisser Förmlichkeiten seitens der Beamten, trotzdem dadurch die Haftung des Staates für ausgeschlossen zu erachten; München 19. Apr. 73 St. 2 331; bei Geldern, die seitens eines Kassenbeamten zwar über Gebühr erhoben, aber zur öffentlichen Kasse abgeführt worden waren; Mannheim 15. Dez. 77 St. 8 301;

II. verneint: bei Steuern, die ein im fiskal. Gutsbezirke im Auftrage der vorgesetzten Regierung die Geschäfte eines Steuererhebers ohne vorschriftsmäßige Bestellung als solcher besorgender Kgl. PrOberförster erhoben, weil er solches nicht als „Förster", d. h. also in der einzigen ihm zustehenden Amtseigenschaft gethan hatte; RG. II 19. Mai 82 E. 6 305; bei Holz, welches ein Kgl. PrFörster (nicht Oberförster) aus dem ihm unterstellten Reviere genommen hatte; RG. II 24. Sept. 86 E. 14 305; bei Schuldbeträgen, die seitens eines Gerichtsvollziehers außerhalb eines Prozesses im Auftrage einer Partei zur Abschneidung eines gerichtlichen Verfahrens eingezogen waren; München 7. Juni 72 St. 1 358; bei Gerichtskosten bzw. Briefportobeträgen, die an einen nicht empfangsberechtigten Gerichtsdiener bzw. Postboten, als Boten, zur Ablieferung an die Kasse bzw. zur Frankatur gegeben waren; Berlin 5. Mai 71 O. 12 249, Dresden 4. Apr. 73, 19. Apr. 75, St. 3 39, 5 350.

4) Was im übrigen die den Gegenstand der Amtsunterschlagung bildenden „Sachen" betrifft, so erfordert § 348 keine anderen Eigenschaften als § 246 (das. N. 2 ff. bzw. § 242 N. 3 ff.). Namentlich brauchen die Sachen keine amtlichen zu sein, vielmehr kommen beliebige Sachen Privater unter der in N. 3 gedachten Voraussetzung gleichfalls in Betracht; Hälschner 2 1057, Merkel HRgutachten S. 51. Die Sachen brauchen ferner keinen Geldwerth zu haben (§ 242 N. 12); so auch Merkel u. v. Holtzendorff aO. S. 55 ff., 116, obgleich beide die Handlung als Eingriff in fremde Vermögensrechte charakterisiren.

5) „Gelder" sind unter den „Sachen" besonders hervorgehoben. Die Voranstellung der „Gelder" ist nicht blos mit Rücksicht auf ihre praktische Wichtigkeit, sondern auch deshalb erfolgt, weil dadurch angedeutet werden sollte, daß die Fungibilität des Geldes (vgl. § 246 N. 14) durch die Natur des Beamtenverhältnisses bezüglich der in amtlicher Eigenschaft empfangenen Gelder regelmäßig ausgeschlossen sei (Goltd. Mat. 2 690 ff.); so die GM., insbs. RG. III 20. Okt. 80 E. 3 10. Letzteres geht aber in den Entsch. II 19. März, III 10. Dez. 81, E. 4 24, 5 305 zu weit, wenn es selbst die bloße Umwechselung von amtlich vereinnahmten Geldern gegen andere unter § 350 fallend erachtet, falls nicht dem Beamten ein solches Verfahren bezüglich seiner Kassengelder durch die Dienstvorschriften ausdrücklich erlaubt sei. Mag auch anderenfalls eine disziplinare Bestrafung gerechtfertigt sein, so erfordert doch die kriminelle stets das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, das in einem solchen Falle leicht ausgeschlossen sein kann; vgl. Hälschner 2 1057, Rüd.-St. N. 4, v. Schwarze N. 9, Keßler GS. 41 189.

6a) Mit Betrug (§ 263) kann Idealkonk. (§ 73) nicht stattfinden; denn die bei § 350 vorausgesetzte Unterschl. (N. 2) erfordert, daß der Thäter die fremde Sache in Besitz o. Gewahrsam hat, also die Zueigung der Erlangung des letzteren folgen muß (§ 246 N. 8a), weshalb in dem betrügerischen Verhalten, durch welches der Thäter den Gewahrsam der überhobenen Gelder erlangt, der zur Unterschl. erforderliche Zueignungsakt nicht gefunden werden kann; RG. II 25. Jan 92 E. 22 306.

b) Auch mit dem Verg. aus § 348₂, soweit dasselbe eine amtlich anvertraute Urk. betrifft, kann Idealkonk. deshalb nicht stattfinden, weil nach verübter Unterschl. alle ferner mit der Urk. vorgenommenen Hdlgen strafrechtlich nicht weiter in Betracht kommen, da sie nur Aeußerungen der bewirkten „Zueignung" sind; Merkel HRgutachten S. 78 ff.

c) Wegen des Verhältnisses zum Verg. aus § 353 vgl. das. N. 6c.

7) Die Amtsunterschlagung ist niemals Antragsdelikt (vgl. § 247_1).

8) Die Hauptstrafe des vollendeten Verg. ist Gefängniß von 3 Mt.—5 J. (§ 16), neben welchem nach dem Schlußs. des Abs. 1 i. V. mit § 32 VdbER. erkannt werden kann. Der Versuch (Abs. 2) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73^1, 27.

§. 351.

Hat der Beamte in Beziehung auf die Unterschlagung die zur Eintragung oder Kontrole der Einnahmen oder Ausgaben bestimmten Rechnungen, Register

oder Bücher unrichtig geführt, verfälscht oder unterdrückt, oder unrichtige Abschlüsse oder Auszüge aus diesen Rechnungen, Registern oder Büchern, oder unrichtige Beläge zu denselben vorgelegt, oder ist in Beziehung auf die Unterschlagung auf Fässern, Beuteln oder Packeten der Geldinhalt fälschlich bezeichnet, so ist auf Zuchthaus bis zu zehn Jahren zu erkennen.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

PrStGB. § 323. Entw. I § 329, II § 347. Aktenst. Nr. 105.

1) Durch Hinzutritt des einen oder anderen der im § 351 gedachten, i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 straferhöh. Umst. gestaltet das Delikt aus § 350 sich zum Verbrechen; **RG.** IV 13. März 85 **R. 7** 174. Selbstverständlich schließt dieses als spezielleres Delikt das einfache aus § 350 aus (§ 73 N. 12a); so die GM., insbs. **RG.** I 30. Sept. 80 **E. 2** 279.

2) Trotz des in N. 1 gedachten Verhältnisses der §§ 350 u. 351 zu einander ist doch das Verbr. aus § 351 ein eigentliches Amtsdel. (Abschn. 28 N. 1); denn soweit es um den straferhöh. Umst. sich handelt, kommt die Zuwiderhandlung einer besonderen, für Beamte gegebenen Norm in Betracht.

Subjekt des Verbr. muß ein Beamter (§ 359) sein, so daß das Verbr. zu den Beamten-Delikten (Abschn. 28 N. 3a) gehört. Das Verbr. gehört aber ferner zu den besonderen Amtsdel. (Abschn. 28 N. 4b; H. Meyer S. 879 N. 32); denn Subjekt muß ein Beamter sein, welcher amtliche Gelder zu erheben und abzuführen sowie darüber Listen zu führen hat; so: **RG.** II 15. Feb. 84 **E. 10** 123 (btr. eines Landbriefträgers), Dresden 20. Apr. 74 St. **5** 173 (btr. Führung der sog. Bestellnotizbücher über Eingang und Bestellung von Geldbriefen), Hälschner **2** 1058, v. Liszt S. 600, Meves HH. **3** 997, während überwiegend weitergehend angenommen wird, daß der Thäter eine Verwaltung zu führen haben müsse, wenn er auch nicht nothwendig Kassenbeamter zu sein brauche; so insbs.: Berlin 10. Jan. 72 O. **13** 24, Mannheim 28. Nov. 74, München 26. Jan. 77, St. **5** 169, **7** 197.

3) Wenn auch ein Beamter Subjekt des Verbr. sein muß (N. 2), so ist damit nicht das Erforderniß aufgestellt, daß er persönlich die den straferhöh. Umst. ausmachenden Hdlgen vorgenommen haben müsse; die passive Wendung in dem einen der Fälle (s. u. N. 7), deutet an, daß darauf kein Gewicht gelegt werde; Meves HH. **3** 997, H. Meyer S. 879, Schütze S. 533 N. 4, Oppenh. N. 3, 25, Rüd.-St. N. 5. Mit Oppenh. ist übrigens gegen Schütze anzunehmen, daß der Umstand, ob der Dritte bona fide sei oder nicht, unerheblich ist, sobald nur der Beamte selbst die Unterschl. begeht.

4) Die einzelnen in Betracht kommenden Hdlgen (N. 5—7) müssen „in Beziehung auf die Unterschlagung" vorgenommen sein. Das trifft jedenfalls zu, wenn die — vorangehenden, gleichzeitigen oder nachfolgenden — Hdlgen die Unterschl. „vorbereiten, erleichtern, vollenden oder verdecken" sollen; so die GM., insbs.: Dresden 27. Feb., Mannheim 28. Nov. 74, St. **5** 172, 169. Jene Ausdrucksweise ist aber umfassender und liegt das Erforderniß vor, sobald die Hdlg. in irgend welchem beabsichtigten Zusammenhange zur Unterschl. steht; so: Dresden 15. Jan. 72 SächsGZ. **16** 214 (von dem Falle, wenn der Thäter die Hdlg. vornimmt, um seine Verantwortlichkeit wegen der Unterschl. zu erleichtern), Hälschner **2** 1059, Meves HH. **3** 997, Rubo N. 3, v. Schwarze N. 4.

5) „Unrichtige Führung, Verfälschung oder Unterdrückung der zur Eintragung oder Kontrole der Einnahmen oder Ausgaben bestimmten Rechnungen, Register oder Bücher". Diese „Rechnungen rc." sind keine „öffentlichen Register" i. S. des § 348 (s. jedoch u. N. 10); denn § 351 hat diejenigen Urk. im Auge, die nur des inneren Dienstes der Behörde wegen zur Aufrechterhaltung der Ordnung und Kontrole geführt werden; vgl. das § 348 N. 4 cit. **RG.** 23. Dez. 79. Ausschließlich die zur Eintragung rc. der Einnahmen rc. „bestimmten" Rechnungen rc. kommen in Betracht, d. h. also die gesetzlich oder instruktionell vorgeschriebenen, nicht die zur Privatkontrole geführten;

Meves HH. 3 995. „Einnahmen und Ausgaben" sind nicht blos solche von Geld und deshalb in dem weiteren S. von „Empfang und Wiederablieferung" zu verstehen; Dresden 20. Apr. 74 St. 5 173, Oppenh. N. 5. Das „unrichtig führen" kann namentl. auch durch Unterlassung einer gebotenen Eintragung geschehen (vgl. § 348 N. 7); so die GM. Wegen „verfälschen" vgl. § 267 N. 25 ff., wegen „unterdrücken" § 274 N. 6. Die Nichtführung eines vorgeschriebenen Registers stellt weder eine „unrichtige Führung" noch eine „Unterdrückung" dar; Hälschner aO., Oppenh. N. 21, Rüd.-St. N. 2.

6) „Vorlegung unrichtiger Abschlüsse oder Auszüge aus den Rechnungen, Registern oder Büchern (s. o. N. 5), oder unrichtiger Beläge zu denselben".

Unter „Auszügen" sind nur solche Schriftstücke zu verstehen, welche in der abgekürzten Wiedergabe der btr. Rechnung bestehen und demnach auch ihrer äußeren Form nach als eine kürzer zusammengezogene Rechnung bzw. als ein Theil der zur Vorlage dienenden Rechnung sich darstellen; Dresden 12. Feb. 75 St. 6 51 (jene Eigenschaft verneinend btr. des auf eine sog. Vorschuß-Postanweisung gesetzten Postvermerkes), Oppenh. N. 22.

Unter „Belägen" sind sowohl eigene Aufzeichnungen des Beamten wie solche Dritter (Liquidationen, Quittungen 2c.) zu verstehen; Meves HH. 3 996. „Unrichtig" ist ein Belag nur dann, wenn er inhaltlich etwas Anderes besagt, als der Aussteller bzw. angebliche Aussteller in demselben zum Ausdruck gebracht hat, während ein materiell unrichtiger Inhalt, z. B. eine echte Quittung über eine nicht geleistete Zahlung, nicht hinreicht; Hälschner 2 1060, Oppenh. N. 24.

7) „Fälschliche Bezeichnung des Geldinhaltes auf Fässern, Beuteln oder Packeten". Das Wort „Geldinhalt" ist strikt zu verstehen; Hälschner 2 1060, Meves HH. 3 996. Wegen „ist ... bezeichnet" s. o. N. 3; übrigens kann die „fälschliche Bezeichnung" auch durch eine Unterlassg. begangen werden, dann nämlich, wenn jene nach Herausnahme von Geld aus einem richtig bezeichneten Beutel beibehalten wird; Hälschner aO., Oppenh. N. 26, Rüd.-St. N. 3.

8) Alle straferhöh. Hdlgen (N. 5—7) müssen sich beziehen auf Rechnungen 2c., welche der Thäter selbst aufzustellen 2c. hat; so: Mannheim 28. Nov. 74 (btr. ein sog. Postabrechnungsbuch, dessen „Führung" dem expedirenden Beamten obliege, wenn auch der Ortsbriefträger einige Rubriken auszufüllen habe), Dresden 20. Apr. 74, 12. Feb. 75, St. 5 169, 173, 6 51, Meves HH. 3 995 f., Oppenh. N. 24a, 23. Ebenso muß die fälschliche Bezeichnung an Fässern 2c. stattfinden, die der Beamte selbst in Verwahrung hat; Meves aO.

9) Ein Versuch (§ 43) des Verbr. ist denkbar; geht die straferhöh. Hdlg. vorher, so muß die Unterschl., geht diese vorher, so muß jene versucht sein (Rubo N. 6); denkbar ist aber auch, daß strafb. Versuch vorliegt, wenn weder die Unterschl. noch die straferhöh. Hdlg. zur Vollendung gekommen (N. 4).

10) Die wiederholte Verfälschung 2c. zur Verdeckung lediglich einer Unterschl bildet nur ein, fortgesetztes, Verbr.; so die GM.

Die von Meves HH. 3 995, H. Meyer S. 879, Oppenh. N. 8 u. Rüd.-St. N. 7 angenommene Möglichkeit einer Idealkonk. (§ 73) mit § 348 entfällt thatsächlich, da die hier in Betracht kommenden Register 2c. die Eigenschaft öffentl. Urk. nicht haben (N. 5); vgl. Schütze S. 533 N. 4.

Wird dagegen zur Vorbereitung oder Verdeckung einer Amtsunterschl., außer der Verfälschung eines Registers i. S. des § 351, auch noch eine Urkflschg. vorgenommen, so liegt Realkonk. (§ 74) mit letzterer vor; Meves HH. 3 996, Rüd.-St. N. 7.

11) Die ordentliche Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus von 1—10 J. (§ 14_2), die für den Fall mild. Umst. (Th. I Abschn. 4 N. 13a ff.) zugelassene Hauptstr. Gefängniß von 6 Mt.—5 J. (§ 16). Als Nebenstr. kann sowohl neben Zuchth. wie neben Gef. nach § 32 VbbEN. erkannt werden.

Der Versuch (N. 9) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45, strafbar.

12) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in zehn Jahren. Nach Abs. 4 das. beginnt die Verjährung, wenn der Zueignungsakt vorher geht, erst mit der straferhöh. Hdlg.; RG. I 11. Mai 82 E. 6 294, Geyer 2 198, v. Liszt S. 600.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73^{2-7}, 136^{1}.

§. 352.

Ein Beamter, Advokat, Anwalt oder sonstiger Rechtsbeistand, welcher Gebühren oder andere Vergütungen für amtliche Verrichtungen zu seinem Vortheile zu erheben hat, wird, wenn er Gebühren oder Vergütungen erhebt, von denen er weiß, daß der Zahlende sie überhaupt nicht oder nur in geringerem Betrage verschuldet, mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Gefängniß bis zu Einem Jahre bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

PrStGB. § 326. Entw. I § 330, II § 348.

Vgl. § 358.

1) Das Verg. aus § 352, sog. übermäßiges Sportuliren, ist ein eigentliches Amtsdelikt (Abschn. 28 N. 1), wenn dasselbe auch von einer anderen Person als einem Beamten (§ 359) begangen werden kann und somit nicht zugleich nothwendig ein Beamten-Delikt ist (Abschn. 28 N. 3b). Es gehört endlich zu den sog. besonderen Amtsdel., weil nur die Verwalter bestimmter Aemter dasselbe begehen können (Abschn. 28 N. 4b); so Hälschner 2 1066; aM. H. Meyer S. 879 N. 36.

Hinsichtlich der Entstehungsgeschichte ist hervorzuheben, daß § 352 (nach den Motiven) materiell lediglich den § 326 PrStGB. wiedergeben wollte und nur mit Rücksicht auf die Definition des § 359 neben den „Beamten" noch der „Advokaten ꝛc." gedachte. Das PrStGB. § 326 reproduzirte wiederum die §§ 373—376 u. 413 des PrALR. II 20, überließ aber die Fälle der blos geflissentlichen Anhäufung unnöthiger Kosten sowie der übermäßigen Erhebung zum Vortheil der Kasse (nicht des Empfängers) lediglich der disziplinarischen Ahndung.

2) Subjekt ist „ein Beamter, Advokat, Anwalt o. sonstiger Rechtsbeistand, welcher Vergütungen für amtliche Verrichtungen zu seinem Vortheile zu erheben hat".

a) Zu solchen „Beamten" (§ 359) rechnen u. A. die Notare, die Gerichtsvollzieher und die Fleischbeschauer. Wegen „Advokaten" u. „Anwälte" vgl. § 300 N. 5 Ia, b. Unter den „sonstigen Rechtsbeiständen" sind staatlich bestellte zu verstehen, was daraus folgt, daß sie zu „amtlichen Verrichtungen" (c) berufen sein müssen; Geyer 2 198, Hälschner 2 1066, Meves HH. 3 1000, Oppenh. N. 1 a, Rüd.-St. N. 2.

b) Unter „Vergütungen" i. S. des § 352 fällt nach Wortlaut u. Sinn der Gesetzesbestimmung auch die tarifmäßig bestimmte Vergütung präsumtiver Auslagen, bei welcher jedoch von der Behauptung und dem Nachweise der wirklich gemachten Auslagen ganz abgesehen wird; so RG. I 4. März 89 E. 19 62 btr. der den Gerichtsvollziehern zu erstattenden „Schreibgebühren" u. „Reisekosten", obgleich dieselben nach der GebührenO. f. Gerichtsvollzieher v. 24. Juni 1878 als „Auslagen" den „Gebühren" gegenübergestellt sind, während IV 21. Feb. 88 E. 17 169 dieses unentschieden ließ. Dagegen fallen unter den Begriff der „Vergütungen" nicht die „Portoauslagen" (wenn auch das Porto eine an die Post zu entrichtende Gebühr ist), weil es hier um den Ersatz einer wirklich gemachten u. nachzuweisenden Auslage sich handelt, so daß bei falschen Vorspiegelungen btr. derselben Betrug (§ 263) in Frage stehen würde; so das cit. RG. IV 21. Feb. 88, während hier wiederum das cit. I 4. März 89 zweifelhaft ist (vgl. übrigens § 353 N. 2a aE., für welchen die Frage anders liegt).

Besonders hervorgehoben werden die in Geld bestehenden „Gebühren"; Meves HH. 3 998. Dieselben sind übrigens mit den „Gebühren" i. S. des § 353 (das. N. 2a) nicht gleichbedeutend, da sie des Charakters der „Abgabe" entbehren, wenn schon die Regelung der Gebührenansprüche durch im Voraus mittels Gesetz o. Verwaltungsvorschrift festgesetzten Tarif nothwendig ist; RG. II 3/7. Dez. 80 E. 3 87, IV 21. Feb. 88 (s. o.), Hälschner 2 1067.

c) Die Vergütungen müssen das Aequivalent für „amtliche Verrichtungen" bilden, also für Hdlgen, welche einen Theil des Inhaltes des vom Thäter verwalteten öffentl. Amtes sind die für außerhalb des öffentl. Amtes liegende, wenn auch bei Gelegenheit der Amts-

ausübung vorgenommene Verrichtungen o. für nicht im Tarife vorgesehene Hdlgen gegebenen Vergütungen scheiden somit aus; Meves HH. 3 998 ff. Wegen Fälle, in denen in der Praxis bejaht wurde, daß die Vergütungen für „amtl. Verrichtungen" erhoben worden seien, vgl. RG. I 10. Jan., 4. März 89, E. 18 341, 19 62 btr. bayer. u. hess. Gerichtsvollzieher; wg. der ersteren Entsch. s. auch § 350 N. 3 I.

d) Der Beamte ꝛc. muß die Vergütungen „zu seinem Vortheile" (§ 154 N. 11 b) „zu erheben haben"; die Fassung dieser letzteren Worte deutet darauf hin, daß dem Betreffenden Kraft eigenen Rechtes ein Forderungsrecht zustehen und daher die Gebührenerhebung unmittelbar u. prinzipiell (nicht blos in Folge zufälliger Umstände) zu seinem Vortheil geschehen muß; so RG. III 22/26. Nov. 88 E. 19 30, das deshalb die Anwendbarkeit des § 352 für den Fall verneint, wenn ein Rechtsanwalt (ohne daß der Ausnahmefall des § 115 CPO. vorliegt) von dem zur Erstattung der Prozeßkosten verpflichteten Prozeßgegner seines Auftraggebers (auf Grund der Prozeßvollmacht gemäß CPO. § 77) die Zahlung von Gebühren fordert, die (nach CPO. § 87) nicht unter die Erstattungspflicht fallen. Wird etwa das für einen Dritten geltend gemachte Erstattungsrecht unter falschen Vorspiegelungen als ein eigenes geltend gemacht, so kann Betrug (§ 263) vorliegen.

3) Die äußere Hdlg. besteht in der „Erhebung von Vergütungen, welche der Zahlende überhaupt nicht oder nur in geringerem Betrage verschuldet". Dieses letztere Thatbestandsmerkmal ist ein objektives, von der Meinung des Beamten ꝛc. unabhängiges; so Berlin 21. Dez. 76 O. 17 837, das deshalb den Thatbestand mit Recht in einem Falle verneinte, wo ein Notar in der Annahme, das Objekt sei „unschätzbar", zu hoch liquidirte, während das Objekt thatsächlich einen dem Gebührenansatze entsprechenden schätzbaren Werth hatte. Gebührenüberhebung ist deshalb, namentl. auf Grund der Entstehungsgeschichte (N. 1_2), auch dann zu verneinen, wenn amtl. Verrichtungen zwar an sich den geforderten Gebührenanspruch begründen, mag auch der Zahlungspflichtige seine Verbindlichkeit zum Theil durch den Nachweis beseitigen können, daß höhere Gebühren als nothwendig durch ein schuldhaftes Anhäufen von Geschäften entstanden seien; RG. IV 8. Juli 84 E. 11 40.

Anders liegen dagegen die Fälle, wenn der Beamte zwar amtl. Verrichtungen vorgenommen hat, aber in einer Art und Weise, daß dadurch ein Gebührenanspruch „überhaupt nicht" begründet wird (Oppenh. N. 7), sowie wenn die Berufsthätigkeit, für welche liquidirt wird, nicht gewährt werden durfte u. deshalb auch keine Gebühr geschuldet wird; RG. II 5. Okt. 86 E. 14 364. Im übrigen wurde in der Praxis der Thatbestand der Gebührenüberhebung bejaht: bei einem Gerichtsvollzieher, der für eine fortgesetzte Erledigung eines Pfändungsauftrages eine nochmalige Gebühr beanspruchte; RG. I 4. März 89 E. 19 62; bei einem Anwalte, der nach Befriedigung wegen aller Dienste u. Ansprüche durch Wechsel die Gebühren trotzdem von einer bei ihm hinterlegten Summe abzog; München 30. Juli 75 St. 6 53.

4) Der die Gebühren „zu seinem Vortheile" erhebende (o. wenigstens fordernde; s. u. N. 5) Thäter muß die Nichtschuld des Zahlenden (bzw. Aufgeforderten) „wissen"; er muß also bewußt rechtswidrig (Binding Normen 2 496, Hälschner 2 1067) nicht-verschuldete Vergütungen erheben; dagegen bedarf es nicht noch daneben der Absicht, durch die Ueberhebung mittels Täuschung des Zahlenden sich einen rechtswidrigen Vermögensvortheil zu verschaffen und ist insofern eine „betrügerische Absicht" nicht erforderlich; RG. I 28. Apr. 81, III 15. Nov. 88, E. 4 227, 18 219. Keineswegs schließt der Ausdruck „wissen", so wenig wie sonst „wissentlich", den eventuellen Dolus aus, welcher hier, wie regelmäßig, hinreicht (§ 59 N. 6); RG. IV 17/21. Dez. 86 R. 8 771, I 24. Nov. 87 E. 16 363. Wegen eines Falles in der Praxis, in welchem der Dolus bejaht wurde, vgl. das cit. RG. 17/21. Dez. 86, in welchem er verneint wurde Berlin 7. Okt. 73 O. 14 605 (btr. die Einforderung von Gebühren trotz noch nicht vorgenommener Amtshdlg., die als nothwendig vorzunehmen war u. deren Vornahme auch wirklich beabsichtigt wurde); vgl. ferner das N. 3_1 cit. RG. 8. Juli 84, welches auch den subjektiven Thatbestand verneinte, weil das Bewußtsein davon, daß der Zahlende die entstandene Verpflichtung wieder zu beseitigen vermöge, dem „Wissen, daß er überhaupt nichts verschulde," nicht gleichgeachtet werden könne.

5) Aus dem gesammten Thatbestande folgt, daß § 352 keine Anwendung finden kann, wenn der Beamte ꝛc. etwas als Geschenk fordert; dann kommt vielmehr der Thatbestand der Bestechung (§§ 331 ff.) in Frage; Hälschner 2 1067, v. Liszt S. 600, F. Meyer N. 2, Rubo N. 2. Ebensowenig kann § 352 da Anwendung finden, wo etwas als Geschenk gegeben wird; RG. I 24. Juni 80 R. 2 108. Anders liegt es dagegen, wenn im Falle einer wissentlichen Forderung nicht-zustehender Vergütungen solche von der anderen Seite zwar geleistet wurden, jedoch weder im Glauben an eine bestehende Verpflichtung noch in Schenkungsabsicht, sondern lediglich, um den Fordernden zunächst zu befriedigen, obschon unter, wenn auch nur stillschweigendem, Vorbehalte der Rechte; so Hälschner 2 1067; aM. RG. I 24. Juni 80 (s. o.), 25. Feb. 89 E. **19** 19 (von Gebührenerhebung könne nur dann die Rede sein, wenn der Zahlende eine Pflicht zur Zahlung annehme, also über Existenz o. Höhe seiner Schuld im Irrthum sei; in der Freiwilligkeit o. Unfreiwilligkeit des Gewährens liege der Unterschied der Bestechung u. der Gebührenüberhebung), ferner: Oppenh. N. 2, v. Schwarze § 331 N. 2, Teichmüller Bestechung S. 17.

6) Der Versuch (§ 43) des Verg. ist im Abs. 2 für strafbar erklärt. Ein solcher kann gefunden werden in der erfolglosen Aufforderung zur Einzahlung nicht geschuldeter Gebühren (RG. IV 17/21. Dez. 86 R. 8 771, Oppenh. N. 11), i. S. der subjektiven Versuchstheorie jedenfalls auch die Erhebung einer objektiv gerechtfertigten Gebühr in der Meinung, daß sie nicht oder nicht in dem Betrage zustehe (s. o. N. 3).

7) Idealkonk. (§ 73) ist möglich mit Betrug aus § 263; RG. I 28. Apr. 81 (s. o. N. 4), III 15. Nov. 88, E. **4** 227, **18** 219, Geyer 2 199, Hälschner 2 1067; jedoch nur dann, wenn neben der Gebührenforderung bzw. -Erhebung noch andere Täuschungsakte einhergehen, weil bei dem Verg. aus § 352 das bei der Gebührenüberhebung an sich fast ausnahmslos unterlaufende Täuschungsmoment ignorirt wird; so namentl. das cit. RG. 15. Nov. 88. Wegen des Verhältnisses zur Bestechung (§ 331) vgl. o. N. 5.

8) Die Hauptstrafe des vollendeten Verg. ist wahlweise Geldstr. von 3—300 M. (§ 27) o. Gefängniß von 1 T.—1 J. (§ 16); jene kann, als „an erster Stelle" angedroht, gemäß § 28_2 (das. N. 6b) für den Nichtbeitreiblichkeitsfall auch in Haft umgewandelt werden. Wegen einer Nebenstr. vgl. § 358.

Der Versuch (N. 4) ist nach § 44, insbs. Abs. 4, zu bestrafen (vgl. auch § 45 N. 1_3).

9) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73^1, 27.

§. 353.

Ein Beamter, welcher Steuern, Gebühren oder andere Abgaben für eine öffentliche Kasse zu erheben hat, wird, wenn er Abgaben, von denen er weiß, daß der Zahlende sie überhaupt nicht oder nur in geringerem Betrage verschuldet, erhebt, und das rechtswidrig Erhobene ganz oder zum Theil nicht zur Kasse bringt, mit Gefängniß nicht unter drei Monaten bestraft.

Gleiche Strafe trifft den Beamten, welcher bei amtlichen Ausgaben an Geld oder Naturalien dem Empfänger vorsätzlich und rechtswidrig Abzüge macht und die Ausgaben als vollständig geleistet in Rechnung stellt.

PrStGB. § 327. Entw. I § 331, II § 349.

1) Die Vergehen aus § 353 sind eigentliche Amtsdelikte (Abschn. 28 N. 1).

Subjekt der Verg. kann nur ein Beamter (§ 359) sein, weshalb sie zugleich Beamten-Delikte sind (Abschn. 28 N. 3a); sie zählen endlich zu den sog. besonderen Amtsdelikten (das. N. 4b), weil nur ein Beamter bestimmter Art Thäter sein kann (s. u. N. 2, 4).

2) Der Absatz 1 (N. 2, 3) erfordert als Subjekt einen Beamten, „welcher Abgaben für eine öffentliche Kasse zu erheben hat".

a) „Abgaben" sind diejenigen wirthschaftlichen Leistungen, welche die Regierung als Theile des wirthschaftlichen Einkommens der Einzelnen zwangsweise für Gesammtzwecke erhebt;

Geffken, Schönberg's Handb. d. polit. Oekonomie 2 13; vgl. auch RG. II 3/7. Dez. 80 E. 3 87, Abgaben seien alle Prästationen an eine öffentliche Kasse, welche in irgend welcher Beziehung einen publizistischen Charakter an sich trügen, sei es, daß sie ihrem Entstehungsgrunde nach öffentlich-rechtlicher Natur, sei es, daß anderenfalls wenigstens die Höhe der Leistung nach publizistischen Grundsätzen sich bemesse. Die Abgaben sind entweder Steuern, d. h. solche Abgaben, welche der Staat o. ein anderes Gemeinwesen ohne spezielle Gegenleistung aus allgemeiner Bürgerpflicht und nach allgemeinem Maßstabe fordert, oder Gebühren, d. h. solche Abgaben, welche für die Benutzung von Staatsanstalten, die keine gewerbliche Unternehmung, aber zur Aufrechterhaltung einer civilisirten Staatsordnung nothwendig sind, deren Dienste aber gleichzeitig dem sie in Anspruch nehmenden Einzelnen einen individuellen Vortheil bieten, im Verhältniß zu dem geleisteten Dienste als tarifmäßige Vergütung zu zahlen sind; so: RG. II 25. Jan. 92 E. **22** 306, Geffken aO. sowie speziell btr. der Gebühren: Schall das. S. 79 und das cit. RG. 3/7. Dez. 80. Nicht korrekt spricht hiernach das Gesetz von „Steuern, Gebühren und anderen Abgaben“, da jene beiden die einzigen Arten von Abgaben sind; Hälschner 2 1086. Soviel folgt aber jedenfalls aus der gebrauchten Wendung, daß die „Gebühren“ i. S. des § 353 (vgl. dagegen § 352 N. 2 b_3) nothwendig den Charakter von „Abgaben“ an sich tragen müssen (aM. jedoch Meves HH. 3 999); deshalb sind Gegenleistungen auf Grund von Tarifen, die lediglich auf geschäftlichen Rücksichten, wie bei Gewerbtreibenden, beruhen, keine „Gebühren“, obschon nach Obigem einer Gegenleistung der Charakter einer Gebühr nicht deshalb abgesprochen werden kann, weil sie zufolge eines civilrechtl. Vertragsverhältnisses zu entrichten ist; cit. RG. 25. Jan. 92. In der Praxis sind ausdrücklich für „Gebühren“ erachtet worden: die Briefportobeträge, namentl. das „Nachtragsporto“, welche ein Postbriefträger für die Postkasse einzuziehen hatte (vgl. auch „Portogebühren“ im G. über die Portofreiheiten v. 5. Juni 1869 § 1, andererseits freilich § 25 des G. über das Postwesen v. 28. Okt. 1871 „Beträge an Portogeld, Porto und Gebühren“); cit. RG. 3/7. Dez. 80 (vgl. § 352 N. 2 b); die Frachtbeträge der Staatseisenbahnen; cit. RG. 25. Jan. 92.

b) Aus dem Gesagten erhellt, daß unter „öffentlichen Kassen“ nur solche zu verstehen sind, in welche „Abgaben“ fließen, nicht aber die Kassen industrieller Unternehmungen des Reichs, eines Staates oder einer Kommune; dagegen erscheint es unrichtig, wenn Meves aO. solche Kassen ausnimmt, welchen, wie z. B. städtischen Sparkassen, die Verwaltung von Privatgeldern obliegt; denn die diesen Kassen zufließenden Einnahmen tragen den Charakter von „Gebühren“ an sich; Hälschner 2 1086 N. 2.

3) Die Thätigkeit selbst besteht aus zwei Akten, aus einer Handlung, nämlich „der Erhebung von Abgaben, von denen der Thäter weiß, daß der Zahlende sie überhaupt nicht oder nur in geringerem Betrage verschuldet“, sowie aus einer Unterlassung, nämlich darin, daß „das rechtswidrig Erhobene ganz oder zum Theil nicht zur Kasse gebracht wird“.

a) Was den ersteren Akt anbetrifft, so ist eine Ausdehnung auf Erhebungen anderer Leistungen als der „Abgaben“ ausgeschlossen, was namentlich auch für die Fälle gilt, wo diese anderen Gegenstände (z. B. Naturalien) an Stelle der wirklich geschuldeten Geldabgabe verlangt und gegeben sind; außerdem muß das rechtswidrig Erhobene zur Ablieferung an die öffentliche Kasse seiner Natur nach überhaupt geeignet sein; so RG. III 9. Okt. 80 R. 2 306; aM.: Hälschner 2 1086 N. 2 (nach der Tendenz des Ges., das den Abgabepflichtigen gegen Uebervortheilung schützen wolle), H. Meyer S. 879. Wegen des subjektiven Erfordernisses und der daraus sich ergebenden Folge vgl. die auch hier entsprechende Anwendung findende N. 4 1. 2 zum § 352.

b) Der zweite Akt besteht lediglich in einer Unterlassung: dem „Nichtzurkassebringen“; eine bestimmte positive Hdlg., insbs. eine Zueignung, wird nicht erfordert; deshalb enthält Abs. 1 nicht nothwendig zugleich den Thatbestand der Unterschl., insbs. der Amtsunterschl., mögen letztere auch meist mit dem Thatbestande aus § 353 konkurriren (N. 6c); namentl. fällt unter § 353 (u. zwar ausschließlich, nicht aber zugleich unter § 350) der Fall, wo das rechtswidrig Erhobene deshalb nicht zur Kasse gebracht wird, um es behufs Deckung etwaiger

künftiger Defekte u. Ermöglichung künftiger Unterschl. zurückzubehalten; RG. III 12. Apr. 88 E. 17 321. Uebrigens liegt die erforderliche Unterschl. auch dann vor, wenn das rechtswidrig Erhobene zwar thatsächlich zur Kasse fließt, aber nicht als das thatsächlich Erhobene, sondern nach Unterschl. desselben unter falscher Buchung 2c. zur Deckung von Defekten; Hälschner 2 1086, Meves HH. 3 1000.

4) Der Absatz 2 (N. 4, 5) erfordert als Subjekt einen Beamten, „welcher amtliche Ausgaben an Geld oder Naturalien zu leisten hat". Wesentlich ist nur, daß die Ausgabe eine „amtliche" sei, im übrigen kommt weder der Rechtstitel noch die Eigenschaft der Kasse als öffentl. o. nichtöffentl. in Betracht; Hälschner 2 1087, Meves HH. 3 999, Oppenh. N. 10.

5) Die Thätigkeit selbst zerfällt, wie im Falle des Abs. 1 (N. 3), in zwei, Eine Handlung darstellende, Akte, nämlich darin, daß der Thäter einmal „vorsätzlich und rechtswidrig Abzüge macht", dann aber darin, daß er „die Ausgaben als vollständig geleistet in Rechnung stellt". Was mit den rechtswidrig abgezogenen Geldern 2c. geschehen sein müsse, sagt das Gesetz nicht, auch hier wird also eine positive Hdlg. insbs. eine Zueignung nicht verlangt, so daß das o. N. 3b Ausgeführte hier entsprechend gilt.

6) Das Verhältniß zu anderen Strafthaten btr., so kann vorliegen:

a) Idealkonk. (§ 73) mit Betrug aus § 263, u. zwar deshalb, weil § 353 nicht die zum Betr. nothwendige Täuschung erfordert; die Strafe ist dabei aus § 263 zu bemessen (§ 73 N. 29 I b α 1); RG. II 25. Jan. 92 E. 22 306, Berlin 30. Mai 76 O. 17 388, v. Schwarze N. 3; desgleichen mit Amtsmißbrauch aus § 339; Meves HH. 3 1000; so auch in beiden Beziehungen Hälschner 2 1087;

b) Realkonk. (§ 74) mit Urkfälschung aus §§ 267 ff. bzw. 348 f.; F. Meyer N. 1, Oppenh. N. 7, v. Schwarze N. 3.

c) Was speziell das Verhältniß zur Amtsunterschl. (§ 350) betrifft, so geht aus dem o. N. 3b, 4 Bemerkten hervor, daß § 353 keineswegs eine rechtswidrige Zueignung und damit den Thatbestand des § 350 voraussetzt; dagegen spricht auch der Umstand, daß § 353_1, im Anschluß an § 352, gegen das vorsätzl. Drücken des Publikums bei Einziehung von Abgaben sich wendet, ein dem Wesen der Unterschl. fremder Gesichtspunkt; da umgekehrt auch nichts dafür spricht, daß § 350 den § 353 absorbire, wenn im konkreten Falle Unterschl. vorliegt, so ergiebt sich, daß die §§ 350, 353_1 selbständig nebeneinander bestehen, so daß eine Konkurrenz der beiden strafb. Hdlgen, u. zwar je nach Umständen Ideal- o. Realkonk., stattfinden kann. So: RG. III 12. Apr. 88 E. 17 321, Oppenh. N. 6, während F. Meyer N. 1 u. v. Schwarze N. 3 A. 3 wenigstens von der Möglichkeit einer Idealkonk. sprechen. AM. Hälschner 2 1087, Meves HH. 3 1000 u. Schütze S. 531 N. 14, welche annehmen, daß § 353 eine rechtswidrige Zueignung begrifflich voraussetze, somit den § 350 absorbire. Im Falle einer Idealkonk. mit § 350 ist die Strafe aus § 350 zu bestimmen, weil dieser mit Rücksicht auf die Zulässigkeit der Aberkennung der bER. das härtere Strafgesetz ist (§ 73 N. 29 I b α 1); so auch das cit. RG. 12. Apr. 88.

7) Die Hauptstrafe ist im Falle des Abs. 1 u. 2 (wegen „Gleiche Strafe trifft" vgl. § 49a N. 21_2) Gefängniß von 3 Mt.—5 J. (§ 16). Wegen einer Nebenstr. vgl. § 358.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73 [1], 27.

§. 353a.

Ein Beamter, im Dienste des Auswärtigen Amtes des Deutschen Reichs, welcher die Amtsverschwiegenheit dadurch verletzt, daß er ihm amtlich anvertraute oder zugängliche Schriftstücke oder eine ihm von seinem Vorgesetzten ertheilte Anweisung oder deren Inhalt Anderen widerrechtlich mittheilt, wird, sofern nicht nach anderen Bestimmungen eine schwerere Strafe verwirkt ist, mit Gefängniß oder mit Geldstrafe bis zu fünftausend Mark bestraft.

Gleiche Strafe trifft einen mit einer auswärtigen Mission betrauten oder

bei einer solchen beschäftigten Beamten, welcher den ihm durch seinen Vorgesetzten amtlich ertheilten Anweisungen vorsätzlich zuwiderhandelt, oder welcher in der Absicht, seinen Vorgesetzten in dessen amtlichen Handlungen irre zu leiten, demselben erdichtete oder entstellte Thatsachen berichtet.

PrStGB. (fehlt). Entw. I, II (fehlt). Entw. d. StGN. Art. II § 353a.
Aktenst. 1875/76 Nr. 54, 159, 175, 181. StB. 1875/76 S. 402, 1016—1025, 1359 f.
Vgl. § 358.

1) Der sog. Arnim-Paragraph, welcher den diplomatischen Gehorsam zu sichern bezweckt, verdankt seine Aufnahme in die StGN. dem bekannten Strafverfahren gegen den ehem. D. Botschafter zu Paris, Grafen H. v. Arnim; vgl. Motive zur StGN. Art. II § 353a sowie v. Holtzendorff, Rechtsgutachten erstattet zu dem gedachten Prozesse und die in letzterem ergangene Entsch. Berlin 20. Okt. 75 O. **16** 667.

Da auf Grund des § 353a der bloße Ungehorsam zu strafen ist, so hat das Delikt den Charakter eines blos polizeilichen (§ 1 N. 1₂); aM. Hälschner **2** 1088, insofern er es seiner Natur nach nur als ein Disziplinarverg. ansieht.

2) Die Vergehen aus § 353a sind eigentliche Amtsdelikte (Abschn. 28 N. 1).

Subjekt der Verg. kann nur ein Beamter (§ 359) sein, aber nicht ein jeder, sondern nur bestimmte Beamte, so daß die Verg. zugleich Beamten-Delikte sind, die zu den besonderen Amtsdel. gehören (Abschn. 28 N. 3a, 4b).

3) Der Absatz 1 (N. 3—5) erfordert als Subjekt einen Beamten „im Dienste des Auswärtigen Amtes des DR." Zu den Beamten dieser Art gehören nicht blos die unmittelbar bei dem gedachten Reichsamte angestellten Beamten, sondern auch die Beamten der von demselben ressortirenden Behörden, nämlich der Gesandtschaften des DR. im Auslande, der Reichskonsulate und der wissenschaftlichen Institute des DR. im Auslande; vgl. Laband Staatsr. **1** 369; so Oppenh. N. 1; aM. Hälschner **2** 1088 N. 2 u. H. Meyer S. 888 N. 31 btr. der Institutsbeamten, welche dem Ausw. A. zwar untergeordnet seien, nicht aber im Dienste desselben ständen.

Eine extensive Interpretation erscheint, ähnlich wie im § 300 (das. N. 4₃), namentl. mit Rücksicht auf ReichsbeamtenG. § 11 (s. u. N. 4) dahin geboten, daß auch ein früherer Beamter des Auswärtigen Amtes Thäter sein kann; so: Rüd.-St. N. 2, v. Schwarze N. 3 A. 1; aM.: Geyer **2** 200, Hälschner **2** 1088, v. Liszt S. 601, Meves HH. **4** 344, H. Meyer S. 888, Oppenh. N. 2.

4) Die äußere Hdlg. besteht in einer „Verletzung der Amtsverschwiegenheit" Den Umfang der Pflicht zur „Amtsverschwiegenheit" ergiebt ReichsbeamtenG. § 11, welches dem Beamten die Verpflichtung zur Verschwiegenheit über die vermöge seines Amtes ihm bekannt gewordenen Angelegenheiten, deren Geheimhaltung ihrer Natur nach erforderlich oder von seinem Vorgesetzten vorgeschrieben ist, auch noch nach Auflösung des Dienstverhältnisses auferlegt; vgl. auch StPO. § 53.

5) Nicht jede Verletzung der Amtsverschwiegenheit fällt unter Abs. 1, sondern nur eine solche, welche seitens des Beamten begangen wird durch eine „an Andere", d. h. an einen o. mehrere Andere (vgl. § 110 N. 14; aM. Rubo N. 5) erfolgende „widerrechtliche Mittheilung": a. „ihm amtlich anvertrauter oder zugänglicher (vgl. § 348 N. 14) Schriftstücke" (§ 130a N. 6), b. „ihm von seinem Vorgesetzten ertheilter Anweisungen" c. „oder deren Inhaltes" (d. h. desjenigen der Schriftstücke oder der Anweisungen). Hervorzuheben ist noch:

zu b. daß eine „von dem Vorgesetzten ertheilte Anweisung" nur das amtliche Verhalten des Beamten betreffen kann, wie namentl. auch der Begriff der Amtsverschwiegenheit (N. 4) bedingt; Meves N. 10;

zu c. daß mit „Inhalt" (vgl. § 355 N. 3c) der Sinn der Schriftstücke, wenn auch nicht nothwendig ihrem ganzen Umfange nach bezeichnet wird; Meves N. 11.

6) Der Absatz 2 (N. 6—9) erfordert als Subjekt einen „mit einer auswärtigen Mission betrauten oder bei einer solchen beschäftigten" Beamten.

a) „Missionen“ oder Gesandtschaften i. w. S. nennt man die Organe des diplomatischen Verkehres der Staaten; vgl.: Heffter-Geffcken Völkerr. § 200, Laband Staatsr. 1 369. Sonach gehören die sog. politischen Agenten nicht zu den hier fraglichen Beamten, noch weniger aber die Konsuln; so: Geyer 2 200, H. Meyer S. 888, Oppenh N. 1, Laband aO. 2 246, 280; aM.: Hälschner 2 1090, Meves N. 18 u. HH. 4 348.

Gleichgültig ist, ob die Mission eine dauernde oder vorübergehende; so Meves N. 18; aM. aber derselbe HH. 4 348, die Behörde dürfe nicht blos mit der Ausführung eines einzelnen Auftrages betraut sein, weil bei einer solchen Archive nicht vorhanden seien; der Thatbestand des Abs. 2 setzt jedoch letztere garnicht voraus.

b) Die Mission muß eine solche des DR. sein; wenn dieses auch nicht ausdrücklich gesagt ist, so folgt solches nicht nur aus dem Zusammenhange mit Abs. 1, sondern namentl. aus der Fassung des § 353a in der Vorlage an den RT. nebst den Motiven sowie aus der Rede des Mitantragstellers Marquardsen zum Amendement Nr. 175 (StB. S. 1018); demnach sind auch im Falle des Abs. 2 als Subjekt nur Beamte des auswärtigen Amtes des DR. (N. 3) gemeint; so die GM. Hieraus ergiebt sich, daß unter einer „auswärtigen Mission“ nur eine ausländische (§ 8 N. 3b) gemeint sein kann, denn in D. selbst hat das Reich keine Missionen und kann es auch keine haben; so Meves HH. 4 347; aM. v. Schwarze N. 4.

7) „Vorgesetzter“ ist für die Missionschefs der Reichskanzler bzw. der ihn vertretende Staatssekretair des Auswärtigen Amts, für das übrige Personal der Missionen ist der Missionschef der unmittelbare, der Reichskanzler der mittelbare Vorgesetzte; so: Laband Staatsr. 2 247, Meves N. 19, 27; aM. Oppenh. N. 3, nur der Chef des Auswärtigen Amtes sei Vorsteher, was jedoch nicht die Anwendbarkeit des Abs. 2 bei Uebermittelung der Anweisung durch den Missionschef ausschließe.

8) Der erstere der beiden Mischthatbestände des Abs. 2 erfordert ein „vorsätzliches Zuwiderhandeln des Beamten gegen die ihm durch seinen Vorgesetzten amtlich ertheilten Anweisungen“. Gleichgültig ist, ob das „Zuwiderhandeln“ durch Handlungen oder Unterlassungen geschieht; Meves N. 21 u. HH. 4 349, Schütze Anh. S. 23 N. 2, Oppenh. N. 6. Das Moment kann nicht vorliegen, wenn eine Anweisung nur äußerlich ausgeführt wird, in Wahrheit aber in einer das Resultat aufhebenden Weise; Hälschner 2 1090, Meves HH. 4 349 insbs. N. 13.

9) Der letztere der beiden Mischthatbestände des Abs. 2 erfordert „das Berichten erdichteter oder entstellter Thatsachen an den Vorgesetzten in der Absicht, denselben in dessen Handlungen irre zu leiten“. Alle „Berichte“ der in N. 6 bezeichneten Beamten kommen in Betracht, auch diejenigen des Missionsunterpersonals an den Missionschef; Meves N. 26. Inhaltlich müssen „Thatsachen“ (§ 131 N. 2) berichtet werden, nicht also Urtheile bzw. Auffassungen richtig vorgetragener Thatsachen; Geyer 2 200, Meves N. 29. Die unrichtige Berichterstattung durch den, mündlichen oder schriftlichen (Meves HH. 4 349 N. 14), Vortrag von „erdichteten o. entstellten Thatsachen“ (§ 131 N. 3) — also auch durch Verschweigen von Thatsachen, welche pflichtmäßig zu berichten gewesen wären, sofern dadurch die berichteten Thatsachen als entstellt erscheinen (Hälschner 2 1091) — muß geschehen sein „in der Absicht, den Vorgesetzten in seinen amtl. Hdlgen irre zu leiten“. Diese „Absicht“ ist ein außerhalb des Vorsatzes liegendes Strafbarkeitsmerkmal (so Binding Normen 2 599; aM. v. Liszt S. 601, der Absicht gleich Beweggrund nimmt), das nach der Motivirung des Antragstellers Marquardsen (StB. S. 1018) aufgenommen worden ist, um „nicht jede beliebige Unwahrheit, jedes unbedachte Wort, welches im Leichtsinn oder selbst noch in anderer Richtung als Absicht erscheinende Tendenz gesprochen ist“, unter die Strafbestimmung fallen zu lassen; es muß hiernach die Absicht des Berichtenden dahin gehen, daß der Vorgesetzte noch vorzunehmende amtliche Handlungen nach der in ihm hervorzurufenden irrthümlichen Auffassung der thatsächlichen Verhältnisse regele; Meves N. 33 u. HH. 4 351.

10) Mit Rücksicht auf die polizeiliche Natur des Deliktes (N. 1_2) ist anzunehmen, daß im Falle des Abs. 1 sowohl das vorsätzliche wie das fahrlässige Handeln bedroht

sei (Th. I Abschn. 4 N. 4_2); so Hälschner 2 1089, Meves N. 14 u. HH. 4 346; aM.: H. Meyer S. 888, Rüd.-St. N. 4, nur das vorsätzl. Handeln sei bedroht. Vorsätzliches Handeln (das im Falle des Abs. 2 allein strafbar) bedingt im Falle des Abs. 1 nicht nur die Kenntniß der bestehenden Pflicht zur Amtsverschwiegenheit (Rubo N. 3), sondern auch das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit der Mittheilung; so auch Hälschner u. Meves.

Das generelle Dolusmerkmal, das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, kann übrigens im Falle der vorsätzlichen Zuwiderhandlung gegen Anweisungen des Vorgesetzten (N. 8) durch den Eintritt veränderter Umstände ausgeschlossen sein; Meves N. 23, der freilich inkorrekt vom Ausschluß des Vorsatzes spricht.

Das Motiv des Thäters ist durchweg gleichgültig, insbs. kann auch die Absicht, das Wohl des Reiches zu fördern, die Anwendung des § 353a nicht ausschließen; Hälschner aO., Meves N. 14, 20, 23, 32 u. HH. 4 346, 350, Laband Staatsr. 2 9.

11) Idealkonk. (§ 73) kann namentl. eintreten mit Landesverrath aus § 92[3]; Meves N. 23, Oppenh. N. 5.

12) Die Worte „sofern nicht nach anderen Bestimmungen eine schwerere Strafe verwirkt ist" haben nicht die über Idealkonk. gegebene Bestimmung des § 73 im Auge, deren Erwähnung es nicht bedurft hätte, sondern vielmehr gerade diejenigen Bestimmungen, welche nach den über Gesetzeskonk. geltenden Regeln (§ 73 N. 12 ff.; vgl. auch § 207 N. 3) die Anwendung eines anderen Strafgesetzes als des § 353a an sich verbieten; so Binding 1 356 N. 4 (es liege der o. § 73 N. 14b bezeichnete Fall der Subsidiarität vor); aM.: Meves HH. 4 346 (die Worte sollten der Annahme entgegentreten, daß § 353a eine die Anwendung des § 73 ausschließende lex specialis bilde), v. Schwarze N. 10.

Die im § 353a und zwar sowohl für Abs. 1 wie für Abs. 2 (wegen „Gleiche Strafe trifft" vgl. § 49a N. 21_2) speziell angedrohte Hauptstrafe ist wahlweise Gefängniß von 1 T. bis 5 J. (§ 16) o. Geldstrafe von 3—5000 M. (§ 27). Wegen einer Nebenstr. vgl. § 358.

13) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 354.

Ein Postbeamter, welcher die der Post anvertrauten Briefe oder Packete in anderen, als den im Gesetze vorgesehenen Fällen eröffnet oder unterdrückt, oder einem Anderen wissentlich eine solche Handlung gestattet, oder ihm dabei wissentlich Hülfe leistet, wird mit Gefängniß nicht unter drei Monaten bestraft.

PrStGB. § 328. Entw. I § 332, II § 350. Aktenst. Nr. 105. StB. S. 759.

Vgl. § 358.

1) Subjekt des Verg. muß ein Beamter (§ 359) sein, speziell ein „Postbeamter", weshalb das Verg. zugleich ein Beamten-Delikt ist, das zu den sog. besonderen Amtsdel. gehört (Abschn. 28 N. 3a, 4b). Vgl. übrigens N. 2_2.

2) Das äußere Objekt der Hdlg. sind „der Post anvertraute Briefe u. Packete".

a) Ein Brief ist der Post „anvertraut" (vgl. §§ 174 N. 16b, 246 N. 23) mit dem Beginne der Abgabe an die Postbehörde zur Weiterbeförderung bis zur Ablieferung an den Adressaten (bzw. reglementsmäßigen Rückgabe an den Absender, Vernichtung 2c.); die Ablieferung an einen einzelnen, zur Entgegennahme nicht befugten Postbeamten genügt nicht; RG. II 8. März 92 E. 22 394, Mannheim 14. Apr. 77 St. 7 200, Hälschner 2 1091, Meves HH. 4 1002, Oppenh. N. 5.

b) Da es nur um „der Post anvertraute Briefe 2c." sich handelt, so ist damit die amtliche Beziehung zwischen Objekt und Subjekt gegeben, ohne daß es darauf ankommt, ob der Thäter speziell mit dem Briefe dienstlich befaßt war; so: Hälschner 2 1092, Oppenh. N. 3; aM. Meves HH. 3 1003.

c) Speziell unter „Brief" ist jede statt des mündlichen Verkehrs an eine bestimmte Person gerichtete schriftliche Mittheilung in offener oder geschlossener Form zu verstehen; so: RG. I 8. Dez. 79 E. 1 119 (das deshalb auch „Postanweisungen" darunter fallend er-

achtet), Geyer 2 200, v. Liszt S. 602; aM. Rüd.-St. N. 3, der zu Unrecht auf das hier nicht einschlagende RG. I 23/28. Mai 91 E. 22 22 sich bezieht.

d) In der Praxis ist mit Recht ein Brief rc., der von einem oberen Postbeamten mit fingirter Adresse zur Prüfung der Ehrlichkeit eines unteren Postbeamten aufgegeben war, als „der Post anvertraut" angesehen; RG. I 12. Jan. 80 R. 1 218.

3) Die an den Briefen rc. vorgenommenen Hdlgen bestehen in einem:

a. „Eröffnen" (§ 299 N. 4); Kenntnißnahme von dem Inhalte wird hier erst recht nicht erfordert; Berlin 10. Juli 73 O. 14 499, Hälschner 2 1092, Rüd.-St. N. 5; speziell btr. der Eröffnung eines „Packetes" ist von RG. II 18. März 90 E. 20 349 angenommen, daß das Wesentliche die Offenlegung seines Inhaltes sei, weshalb die Lösung einer Verschlußvorrichtung o. die theilweise Beseitigung einer solchen nicht genüge, um ein Packet als „offen" zu bezeichnen; sei zur Offenlegung des Inhalts noch irgend eine Thätigkeit erforderlich, so habe das Packet noch nicht aufgehört geschlossen zu sein (bedenklich! vgl. auch das § 299 N. 4 cit. RG. 25. Apr. 90).

b. „Unterdrücken"; vgl. § 274 N. 6 und damit übereinstimmend: RG. I 8. Dez. 79 E. 1 114, dasselbe liege vor, wenn der Beamte widerrechtlich einen solchen Brief rc. dem Postverkehr entziehe, ihn aus dem Verkehr beseitige, gleichgültig ob dauernd oder nur zeitweilig, Geyer 2 200, Hälschner 2 1092; aM. v. Liszt S. 602 (549).

4) Das Eröffnen und ebenso das Unterdrücken muß „in anderen, als den im Gesetze vorgesehenen Fällen" geschehen. Der Ausdruck „Gesetz" umfaßt auch hier die auf Grund des Gesetzes ergangenen Reglements; so kann die Eröffnung von Postsendungen namentl. in Gemäßheit der, auf Grund des § 50 des RPostG. v. 28. Okt. 1871 erlassenen, PostO. v. 8. März 1879 (CentralblfdDR. S. 185) in dem Falle der Unbestellbarkeit rc. erfolgen; vgl. Oppenh. N. 1 u. Rubo N. 2. Demnach erscheint die Ansicht, daß die Fälle lediglich in einem Gesetze — i. e. S. — vorgesehen sein dürften (so Hälschner 2 1092, aber auch Oppenh. aO.), nicht richtig und der Umstand, daß die auf Grund des cit. § 50 erlassenen reglementarischen Vorschriften — nach Abs. 2 desselben — als „Bestandtheil des Vertrages zwischen der Post und dem Absender" gelten, schließen nicht aus, daß den darauf beruhenden Bestimmungen der PostO. insoweit „Gesetzeskraft" zukommt; aM. jedoch Dambach G. über das Postwesen (4. Aufl.) S. 163.

In der Praxis ist beispielsweise „als im Gesetze nicht vorgesehen" erachtet: die Eröffnung eines mit Postvorschuß belasteten, an den Beamten selbst adressirten Briefes nach verweigerter Annahme und Nichtberichtigung des Vorschußbetrages; Berlin 15. Okt. 73 St. 3 233; die eigenmächtige Zurücknahme eines von einem Postbeamten selbst der Post übergebenen, mit Vorschuß belasteten Briefes ohne Rückzahlung des Vorschusses statt Abgangsbewirkung an den Adressaten; Mannheim 29. Apr. 76 St. 5 377.

Uebrigens handelt es sich um ein negatives Thatbestandsmerkmal, welches nach StPO. § 266 unbedingt der Feststellung bedarf; so RG. II 8. März 92 E. 22 394; aM.: Berlin 6. Okt. 74 St. 4 211 (es sei ein Strafausschließungsgrund aufgestellt, der einer Feststellung nur bedürfe, wenn der Angeklagte die betreffende Thatsache geltend gemacht habe), Oppenh. N. 2 a.

5) Die Hdlg. besteht darin, daß, unter der gedachten negativen Voraussetzung (N. 4), der Postbeamte: a. selbst die Briefe rc. eröffnet oder unterdrückt, oder b. „einem Anderen wissentlich" entweder: α. „eine solche Handlung gestattet", oder β. „dabei Hülfe leistet".

In beiden Fällen zu b steht eine, unter eine selbständige Strafandrohung gestellte, Beihülfehdlg. (§ 49 N. 29a) des Postbeamten zur Thäterschaft eines Dritten, der deshalb nicht seinerseits als Theilnehmer an dem Verbr. aus § 354 bestraft werden kann (v. Kries ZfStRW. 7 543), in Frage (Meves HH. 3 1007), dessen Hdlg. stets als eine strafb. sich charakterisiren wird (vgl. §§ 133, 242, 246, 274 [1], 299); speziell ist auch in dem „Gestatten" eine durch Unterlassung begangene Beihülfe zu sehen (§ 49 N. 12); Aldosser Unterlassungsdel. S. 134. AM. betreffs dieses Falles (b α) Hälschner 2 1092 f., der im übrigen

übereinstimmt, weiterhin aber zutreffend ausführt, daß in dem Anstiften eines Privaten zur Verübung jedenfalls auch ein „Gestatten" liege.

6) In subjektiver Hinsicht ist Vorsätzlichkeit verbunden mit dem generellen Dolusmerkmal, dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, erforderlich; Binding Normen 2 497. Welchen Zweck der Thäter verfolgte, ist gleichgültig; RG. I 8. Dez. 79 E. 1 114. So in beiden Beziehungen Hälschner 2 1092.

7) Für die Frage, ob § 354 ein eigentliches oder uneigentliches Amtsdel. betreffe, sind die einzelnen Fälle zu unterscheiden.

Was zunächst die durch den Postbeamten selbst mit den Briefen vorgenommenen Hdlgen betrifft (N. 5a), so wirkt beim „Eröffnen" die Amtseigenschaft des Thäters lediglich straferhöhend i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 gegenüber dem gemeinen Verg. aus § 299, so daß dasselbe als ein uneigentliches Amtsdel. (Abschn. 28 N. 2) sich darstellt. Das „Unterdrücken" dagegen ist ein „eigentliches Amtsdelikt" (Abschn. 28 N. 1), weil abweichend von dem Verg. aus § 274 [1] die Urkundenqualität des Briefes nicht erforderlich ist.

Die Theilnahmehdlgen an der Thäterschaft eines Dritten (N. 5b) sind uneigentliche Amtsdel. (Abschn. 28 N. 2), da die zu Grunde liegende Norm, das Verbot der Theilnahme an den strafb. Hdlgen Anderer, nicht blos gegen Beamte sich richtet.

8) Idealkonk. (§ 73) kann, je nach Umständen, mit Diebstahl (§ 242) oder Amtsunterschlagung (§ 350) eintreten, wenn der Thäter mit der „Unterdrückung" den Zweck der Zueignung (N. 6) verfolgte; Meves HH. 3 1007, Oppenh. N. 11. Betrifft die Zueignungsabsicht nur den Inhalt des Briefes, so werden jene Verg. mit dem „Eröffnen" meist real (§ 74) konkurriren.

9) Die Hauptstrafe ist Gefängniß von 3 Mt.—5 J. (§ 16). Wg. einer Nebenstr. vgl. § 358.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73 [1], 27.

§. 355.

Telegraphenbeamte oder andere mit der Beaufsichtigung und Bedienung einer zu öffentlichen Zwecken dienenden Telegraphenanstalt betraute Personen, welche die einer Telegraphenanstalt anvertrauten Depeschen verfälschen oder in anderen, als in den im Gesetze vorgesehenen Fällen eröffnen oder unterdrücken, oder von ihrem Inhalte Dritte rechtswidrig benachrichtigen, oder einem Anderen wissentlich eine solche Handlung gestatten oder ihm dabei wissentlich Hülfe leisten, werden mit Gefängniß nicht unter drei Monaten bestraft.

PrStGB. (fehlt). Entw. I § 333, II § 351. Aktenst. Nr. 105.

Vgl. § 358.

1) Subjekt ist „ein Telegraphenbeamter oder eine andere mit der Beaufsichtigung und Bedienung einer zu öffentlichen Zwecken dienenden Telegraphenanstalt beauftragte Person", so daß das Verg. nicht nothwendig zugleich ein Beamten-Delikt ist und im übrigen zu den besonderen Amtsdel. gehört, da einerseits auch ein mit Verwaltung eines Amtes betrauter Nichtbeamter Subjekt sein kann, andererseits aber nicht der Verwalter eines jeden, sondern nur eines bestimmten Amtes (Abschn. 28 N. 3b, 4b). Vgl. übrigens u. N. 2 sowie § 354 N. 2b.

Wegen einer „zu öffentlichen Zwecken dienenden Telegraphenanstalt" vgl. § 317 N. 2, 3. Daß die, außer dem Telegraphenbeamten, als Subjekt in Betracht kommende Person mit der „Beaufsichtigung und Bedienung" einer solchen Anstalt betraut sein müsse, wird nicht im Sinne des Gesetzes liegen, sondern eine inkorrekte Fassung („und" statt „oder") anzunehmen sein; Binding Normen 1 206 N. 3, Geyer 2 200, Hälschner 2 1093, v. Liszt S. 602.

2) Die äußeren Objekte der Hdlg. sind „die einer Telegraphenanstalt anvertrauten Depeschen"; vgl. deshalb N. 2 zum § 354, die ihrem ganzen Umfange nach

entsprechende Anwendung findet; auch hier verlangt jedoch Meves HH. 3 1003 eine spezielle dienstliche Befassung des Thäters mit der Depesche. Uebrigens ist „Depesche" im weitesten S. zu verstehen, also sowohl von der Urschrift als auch von der Uebertragung in die telegraphischen Zeichen wie endlich von der Ausfertigung; Geyer 2 200, Hälschner 2 1093, Meves aO., Oppenh. N. 2, Rüd.-St. N. 3, v. Schwarze N. 3.

3) Die einzelnen in Betracht kommenden Handlungen sind:

a) Die „Verfälschung" von Depeschen; dieselbe (vgl. § 267 N. 25 ff.) kann geschehen durch Aenderung der aufgegebenen Unterschrift, durch falsches Ab- oder Weitertelegraphiren, durch falsches Niederschreiben der telegraphischen Zeichen, endlich auch durch Aenderung der Depeschenausfertigung; Hälschner 2 1094, Meves HH. 4 1005, Dambach GS. 23 285, dieser ohne Erwähnung des letzten Falles.

b) Die „Eröffnung oder Unterdrückung von Depeschen, in anderen, als in den im Gesetze vorgesehenen Fällen"; vgl. § 354 N. 3, 4. Die Verletzung des durch die TelegraphenO. v. 21. Juni 1872 § 3 garantirten „Telegraphengeheimnisses" ist gesetzlich vorgesehen in der StPO. § 99. Von der „Unterdrückung" einer Depesche auf Verlangen des Aufgebers handelt auch TelegraphenO. § 22, während die im § 10 das. vorgesehene „Zurückweisung von Privatdepeschen mit Rücksicht auf ihren Inhalt" nicht unter jenen Begriff fällt.

c) Die „rechtswidrige Benachrichtigung Dritter von dem Inhalt einer Depesche". Zu dem Inhalte (§ 353a N. 5c) gehören auch der Absendungsort sowie die Namen des Absenders und Adressaten; Hälschner aO., Dambach GS. 23 290; vgl. übrigens Meili Fälschung einer telegr. Depesche (Zürich 1889) S. 68 ff.

Wie im Falle des § 354 (das. N. 5) muß der Telegraphenbeamte ꝛc. entweder selbst eine dieser Hdlgen vornehmen oder zur Thäterschaft eines Dritten eine Theilnahmehandlung leisten.

4) In subjektiver Hinsicht vgl. § 354 N. 6. Das für alle Fälle des Mischthatbestandes erforderliche Bewußtsein der Rechtswidrigkeit erachtet Dambach GS. 23 286, 289 zwar im übrigen, nicht aber für den oben N. 3b gedachten Fall für nothwendig.

5) Das Verg. aus § 355 ist ein uneigentliches Amtsdelikt (Abschn. 28 N. 2), soweit es um die „Eröffnung" einer Depesche sich handelt, weil hier die Eigenschaft des Thäters, als einer mit Verwaltung eines Amtes betrauten Person, lediglich straferhöhend i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 gegenüber dem gemeinen Verg. aus § 299 wirkt. Die übrigen Fälle des § 355 stellen dagegen eigentliche Amtsdelikte (Abschn. 28 N. 1) dar; vgl. § 354 N. 7.

6) Idealkonk. (§ 73) mit Urkfälschung ist denkbar; vgl. § 267 N. 41; so: Puchelt N. 2 (ohne nähere Angabe, ob er die Original- oder die Ankunftsdepesche im Auge habe), Dambach GS. 23 286 (dieser jedoch unzutreffend in Hinsicht auf die Originaldepesche); aM. Meves HH. 3 1005.

7) Die Hauptstrafe ist Gef. von 3 Mt.—5 J. (§ 16). Wg. einer Nebenstr. vgl. § 358. Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73^1, 27.

§. 356.

Ein Advokat, Anwalt oder ein anderer Rechtsbeistand, welcher bei den ihm vermöge seiner amtlichen Eigenschaft anvertrauten Angelegenheiten in derselben Rechtssache beiden Parteien durch Rath oder Beistand pflichtwidrig dient, wird mit Gefängniß nicht unter drei Monaten bestraft.

Handelt derselbe im Einverständnisse mit der Gegenpartei zum Nachtheile seiner Partei, so tritt Zuchthausstrafe bis zu fünf Jahren ein.

PrStGB. § 329. Entw. I § 334, II § 352.

1) Die Delikte aus § 356, sog. Prävarikation, sind eigentliche Amtsdelikte (Abschnitt 28 N. 1).

Subjekt ist ein „Advokat, Anwalt o. ein anderer Rechtsbeistand" (§ 352 N. 2a), also durchweg ein Nichtbeamter (vgl. § 359), aber nur ein solcher, der mit Verwaltung eines bestimmten Amtes betraut ist, so daß die Delikte zu den sog. besonderen Amtsdelikten gehören, im übrigen aber Beamten-Delikte nicht sind (Abschn. 28 N. 3b, 4b).

2) Dem Thäter müssen „vermöge seiner amtlichen Eigenschaft Angelegenheiten anvertraut" worden sein. Der Ausdruck „amtliche Eigenschaft" ist, da der Thäter Beamter nicht ist (N. 1), zweifellos inkorrekt (Hälschner 2 1083 N. 1, v. Liszt S. 602, 474, Meves HH. 3 1016) und will nur dasselbe sagen wie der im § 300 (das. N. 7b) gebrauchte: „kraft ihres Standes" bzw. wie „vermöge des von ihnen verwalteten Amtes". Wegen „anvertrauen" vgl. § 300 N. 3 und dem entsprechend Meves HH. 3 1016 f.

3) Bei Angelegenheiten der in N. 2 bezeichneten Art muß der Thäter „in derselben Rechtssache beiden Parteien" dienen.

a) „Rechtssache" (vgl. § 334 N. 3a) bedeutet hier nicht blos streitige Sachen i. e. S., sondern jede Rechtsangelegenheit, bei welcher „Parteien", also mehrere Personen mit widerstreitenden Interessen, betheiligt sind; so die GM., insbs. RG. I 13. Apr. 92 E. 23 60. Unter jener Voraussetzung gehören zu den „Rechtssachen" auch Strafsachen; doch ist mit Rücksicht auf die Stellung der StASchaft, die nach der StPO. (insbs. § 158_2) eine einseitige Parteirolle nicht vertreten soll, anzunehmen, daß das Delikt im Strafprozeß nur mit Beziehung auf die Privat- u. die Nebenklage vorkommen könne; so: Meves HH. 3 1016, H. Meyer S. 887; aM. Hälschner 2 1083.

b) „Dieselbe Rechtssache" bezeichnet nicht den einzelnen Rechtsstreit, sondern vielmehr dieselbe Streitmaterie, wenn sie auch in verschiedenen Prozessen verhandelt wird; so: Geyer 2 201, Hälschner, H. Meyer aO.; aM. Meves aO. S. 1017.

4) Der Thäter muß in derselben Rechtssache „beiden Parteien (N. 3a) durch Rath oder Beistand pflichtwidrig dienen".

a) Das „Dienen durch Rath o. Beistand" umfaßt Alles, was für die Betreibung der Rechtssache der Partei förderlich sein kann; Oppenh. N. 4; vgl. auch RG. I 13. Apr. 92 E. 23 60. Ob der Dienst aus Freundschaft o. gegen Entgelt geleistet wurde, ist gleichgültig; Dresden 6. Sept. 72 St. 2 132.

b) Eine „Pflichtwidrigkeit" liegt vor, wenn der Rechtsanwalt der einen Partei im entgegengesetzten Interesse der anderen wirklich gedient hat, nicht also, wenn der Rechtsanwalt zwei Parteien, welche ein entgegengesetztes Interesse haben, seine berathende Thätigkeit im beiderseitigen Interesse gewährt; so die GM., insbs. RG. II 5. Okt. 86 E. 14 364, cit. 13. Apr. 92 (beide unter Hinweis auf RAO. § 31[2]). Das Thatbestandsmerkmal ist übrigens nicht schon lediglich deshalb zu verneinen, weil bei Uebernahme des Mandats seitens der neuen Partei dasjenige der anderen bereits erloschen war; so die GM., insbs. das cit. Dresden.

5) Subjektiv ist nach der GM. vorsätzliches Handeln erforderlich, während fahrlässiges nur eine Disziplinarbestrafung rechtfertigen kann; Berlin 8. Jan. 75 O. 16 36. Demgemäß ist auch das Bewußtsein nothwendig, daß durch die dem Gegner geleisteten Dienste ein Vertrauensbruch gegenüber der vertretenen Partei begangen werde; Hälschner 2 1084, Meves HH. 3 1018, auch Berlin 12. März 75 O. 16 224, das jedoch über das Gesetz hinaus noch das Bewußtsein „von der Gefährdung der Interessen des Klienten" fordert.

Wenn Jemand mit Kenntniß in derselben Rechtssache successiv Mandate beider Parteien übernimmt, so wird jenes subjektive Erforderniß des bewußten Vertrauensbruches kaum für ausgeschlossen erachtet werden können; vgl. Hälschner 2 1083 sowie v. Schwarze N. 6 gegen Rüd.-St. N. 1.

6) Im Falle des Abs. 2 tritt als straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264 266, 295 hinzu, daß der Thäter „im Einverständniß mit der Gegenpartei zum Nachtheile seiner Partei gehandelt" habe. Während hier zur Vollendung zwar „das Einverständniß mit der Gegenpartei" gehört, so doch nicht der Eintritt eines Nachtheils; mit den Worten „zum Nachtheil" wird vielmehr nur ein subjektives Erforderniß aufgestellt

(vgl. § 334 N. 4); so: Meves HH. 3 1018, Oppenh. N. 9, Puchelt N. 6; aM.: Hälschner 2 1084 (nach der Fassung des Gesetzes), Rüd.-St. N. 4, v. Schwarze N. 8.

7) Ein Versuch (§ 43) des Verbr. aus Abs. 2 ist denkbar, z. B. bei nicht erzieltem, aber angenommenem Einverständnisse mit der Gegenpartei.

8) Die Strafe des Verg. (Abs. 1) ist Gefängniß von 3 Mt.—5 J. (§ 16); die Hauptstr. des vollendeten Verbr. (Abs. 2) ist Zuchthaus von 1—5 J. (§ 14_2), neben welchem nach § 32 VbbEN. erkannt werden kann; der Versuch des Verbr. (N. 7) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 beim Verg. in fünf, nach § 67_1 beim Verbr. in zehn Jahren.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. §§ 73[1], 27; 73[2].

§. 357.

Ein Amtsvorgesetzter, welcher seine Untergebenen zu einer strafbaren Handlung im Amte vorsätzlich verleitet oder zu verleiten unternimmt, oder eine solche strafbare Handlung seiner Untergebenen wissentlich geschehen läßt, hat die auf diese strafbare Handlung angedrohte Strafe verwirkt.

Dieselbe Bestimmung findet auf einen Beamten Anwendung, welchem eine Aufsicht oder Kontrole über die Amtsgeschäfte eines anderen Beamten übertragen ist, sofern die von diesem letzteren Beamten begangene strafbare Handlung die zur Aufsicht oder Kontrole gehörenden Geschäfte betrifft.

PrStGB. § 330. Entw. I § 335, II § 353.

Vgl. § 358.

1) Subjekt ist stets ein Beamter (§ 359) und zwar nach Abs. 1 ein „Amtsvorgesetzter", nach Abs. 2 ein „Beamter, welchem eine Aufsicht oder Kontrole über die Amtsgeschäfte eines anderen Beamten übertragen ist", so daß die Delikte zu den sog. besonderen Amtsdel. gehören (so Hälschner 2 1062; aM. H. Meyer S. 882 N. 62) und zugleich Beamten-Delikte sind (Abschn. 28 N. 3a, 4b).

2) In den Fällen des Abs. 1 u. 2 muß der dem Subjekt des Deliktes (N. 1) „Untergebene" bzw. der „hinsichtlich seiner Amtsgeschäfte unter dessen Aufsicht oder Kontrole Stehende" eine „strafbare Handlung im Amte", d. h. nicht gerade nothwendig, wie die GM. im Anschluß an die Motive annimmt, eine nach Maßgabe des Abbschn. 28 als „V. u. V. im Amte" sich darstellende Hdlg., aber doch eine als eigentliches oder uneigentliches Amtsdelikt (vgl. § 4 N. 10c sowie Abschn. 28 N. 1, 2) kriminell strafb. Hdlg. (§ 111 N. 3) entweder wirklich begehen, oder nach Absicht des Vorgesetzten wenigstens begehen sollen; Hälschner 2 1063, v. Liszt S. 602, H. Meyer S. 883.

Wenn übrigens Abs. 2 von einer seitens des untergebenen Beamten „begangenen strafb. Hdlg." spricht, so ist das inkorrekt, und wegen der Eingangsworte dieses Absatzes anzunehmen, daß der Kontrolbeamte nicht nur wegen gelungener, sondern auch wegen mißlungener Anstiftung (N. 2b) bestraft werden solle; Hälschner 2 1064.

3) Die einzelnen in Betracht kommenden Handlungen sind:

a) „Vorsätzliches Verleiten"; hier, wo die Vornahme der strafb. Hdlg. des Untergebenen die Voraussetzung bildet (RG. I 10. Nov. 81 E. 5 125), handelt es sich um die Bestrafung einer Anstiftung, die somit die Anwendung des § 48 ausschließt (vgl. das. N. 32a u. § 141 N. 4); Geyer 2 201, Hälschner 2 1062, v. Liszt S. 602, 610, Meves HH. 3 1012, Rüd.-St. N. 2, v. Schwarze N. 4. Uebrigens ist auch wegen der Nebenstr. aus § 358 die von dem Amtsvorgesetzten aus § 357 verwirkte Strafe eine andere, als wenn er nur als „Anstifter" aus § 48 zu strafen wäre.

b) „Vorsätzliches Unternehmen der Verleitung"; ausnahmsweise ist die erfolglose Anstiftung unter Strafe gestellt, die nicht einmal die Kriterien des Versuches zu enthalten braucht (vgl. § 159 N. 3); so Meves HH. 3 1012 f.; aM. Berner S. 135, es werde damit der Versuch bezeichnet, auch Hälschner 2 1062.

c) „Wissentliches Geschehenlassen" (sog. Konnivenz); eine durch eine Unterlassung begangene Beihülfe ist hier zum selbständigen Delikt erhoben (§ 49 N. 12, 29a). Anders als im § 340 (das. N. 3) genügt hier ein passives Verhalten des Vorgesetzten; Wahlberg ZfStRW. 2 177, Aldosser Unterlassungsdel. S. 133 (ausreichend sei das bewußte willkürliche Wirkenlassen von Bedingungen, welche durch die Qualität als Amtsvorstand der faktischen Disposition des btr. Beamten unterständen). Insoweit handelt es sich um ein echtes Unterlassungsdel., indem der Vorgesetzte gegen ein — allerdings nur speziell dieser Personenkategorie gegebenes (§ 320 N. 3) — Gebot verstößt; so v. Liszt S. 602 u. Seligsohn G. 28 220, welche ein eigentl. Unterlassungsdel. annehmen, auch wohl Binding Normen 2 469 N. 680, der übrigens den Zweifel anregt, ob das „wissentlich" auf die Qualität der fremden Hdlg. als einer strafbaren sich mitbeziehe; aM. Hälschner aO., Sturm Unterlassungsdel. S. 381, 417 u. Landsberg Kommissivdel. S. 214, welche Kommissivdel. durch Unterlassg. annehmen.

4) In dem N. 3a gedachten Falle erscheint die Beamteneigenschaft und das obwaltende amtliche Verhältniß mit Rücksicht auf die Nebenstrafe aus § 358 lediglich als straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 gegenüber dem gemeinen Delikte der Anstiftung zu der btr. strafb. Hdlg.; es handelt sich hier also nur um ein uneigentliches Amtsdel., während die übrigen Fälle des § 357 eigentliche Amtsdel. darstellen (Abschn. 28 N. 1, 2).

5) Wegen einer Nebenstrafe vgl. § 358.

Wg. der Strafe im übrigen sowie der Verjährung u. Zuständigkeit vgl. die btr. §§.

§. 358.

Neben der nach Vorschrift der §§. 331, 339 bis 341, 352 bis 355 und 357 erkannten Gefängnißstrafe kann auf Verlust der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter auf die Dauer von Einem bis zu fünf Jahren erkannt werden.

PrStGB. §§ 309, 310, 315—317, 320—322, 324, 326—328, 330.
Entw. I §§ 311, 312, 319—321, 330—333, 335, II § 354.

1) Der § 358 ist durch die StGN. zwar nicht formell, aber doch insofern materiell abgeändert, als er seinem Wortlaute nach auch gegenüber § 353a Anwendung findet; Meves § 353a N. 17 u. HH. 4 351, Rubo § 353a N. 8, v. Schwarze § 353a N. 10.

2) Die im § 358 angedrohte Nebenstrafe (Th. I Abschn. 1 N. 3b3) des „Verlustes der Fähigkeit z. B. öffentl. Aemter" (vgl. § 35 „Unfähigkeit 2c.") steht nicht unter der Voraussetzung des § 35_1 (das. N. 7), so daß sie auch neben einer Gefängnißstr. unter drei Monaten erkannt werden darf. Mit Rücksicht auf § 33 muß die Nebenstr. des § 358 übrigens in dem Falle für unzulässig erachtet werden, wenn gemäß § 32 im Falle der Annahme mild. Umst. auf VdbER. erkannt worden ist (vgl. §§ 340_2, 341 i. V. mit § $239_{2,3}$); Rubo §§ 340 N. 8, 341 N. 4, Rüd.-St. N. 1, v. Schwarze N. 2.

Nur neben „Gefängnißstrafe" darf nach ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes auf die Nebenstr. erkannt werden; aM. Meves HH. 3 976, welcher sie im Falle des § 339 auch neben Festungsh. für statthaft erachtet.

Wegen Anwendbarkeit des § 35_2 vgl. das. N. 7.

3) Die Nebenstrafe kann nicht blos gegen Beamte, sondern auch gegen Nichtbeamte, die mit Verwaltung eines Amtes betraut sind, verhängt werden; so Rüd.-St. N. 2; dagegen erachtet Rubo §§ 331 N. 7, 339 N. 7 dieselbe sogar nur dann für zulässig, wenn der Thäter noch z. Z. der Verurtheilung Beamter ist.

Auch gegen den Anstifter findet § 358, soweit nicht § 50 Platz greift, Anwendung (§ 48 N. 31); v. Liszt S. 594, Oppenh. N. 3, Rüd.-St. N. 2.

Wegen Versuchs und Beihülfe kann dagegen die Strafe nicht ausgesprochen werden (§§ 45 N. 4, 49_2); so: Oppenh. N. 2, 3, Rüd.-St. N. 2; aM. Rubo N. 2, weil die Bestimmung des § 358 ausnahmsweise hingestellt sei.

§. 359.

Unter Beamten im Sinne dieses Strafgesetzes sind zu verstehen alle im Dienste des Reichs oder in unmittelbarem oder mittelbarem Dienste eines Bundesstaats auf Lebenszeit, auf Zeit oder nur vorläufig angestellte Personen, ohne Unterschied, ob sie einen Diensteid geleistet haben oder nicht, ingleichen Notare, nicht aber Advokaten und Anwalte.

PrStGB. § 331. Entw. I § 336, II § 355. StB. S. 759.

1) Wenn § 359 gewisse Personen bezeichnet, welche unter Beamten „im Sinne dieses Strafgesetzes" zu verstehen sind, so giebt es damit eine für das ganze StGB. gültige Auslegung (§ 8 N. 1); Berlin OAG. 1. Nov. 71 St. 1 105. Das gilt insbs. auch für den § 174 [2,3] (das. N. 15) sowie für alle diejenigen dem Widerstande gegen die Staatsgewalt gewidmeten Strafbestimmungen, welche eines „Beamten" gedenken (Th. II Abschn. 6 N. 1), namentl. aber auch für den nachfolgenden Uebertretungsabschn. 29 (vgl. z. B. § 360 [8]).

Seiner allgemeinen Natur nach muß § 359 aber auch für alle nach dem StGB. erlassenen Reichsstrafgesetze als maßgebend erachtet werden, soweit in diesen selbst nicht abweichende Bestimmungen getroffen sind.

Wegen der Divergenz der Begriffe „Beamter" und „Amt" vgl. Abschn. 28 N. 1.

2) Der § 359 erklärt „alle im Dienste des Reichs oder eines Bundesstaats angestellte Personen" für Beamte i. S. des StGB.; da hierin alle für den Beamtenbegriff wesentlichen Erfordernisse, nämlich die durch „Anstellung" bewirkte Begründung des „Dienstverhältnisses" einer Person „zum Staate" enthalten sind (Laband Staatsrecht 1 404 f.), so ist damit eine Definition des „Beamten" gegeben; vgl. **RG.** III 24. März 84 R. **6** 215, es bestimme § 359 im allg. die Grenzen, innerhalb deren das Begriffsmerkmal der Amtsqualität strafgesetzlich anerkannt werden solle; aM.: **RG.** I 16. Jan. 82 E. **5** 337, v. Liszt S. 592.

Das durch „Anstellung" begründete „Dienstverhältniß" öffentlich rechtlicher Natur des Beamten „zum Staate" beruht auf freier Willensübereinstimmung, also seinem Wesen nach auf einem Vertrage, ist aber seinem Inhalte nach ein Gewaltsverhältniß des Staats, das auf Seiten des Beamten eine besondere Gehorsams-, Treue- und Dienstpflicht, auf Seiten des Staats die Verpflichtung, den Beamten in Ausübung seiner Dienstpflicht zu schützen sowie das zugesicherte Diensteinkommen zu gewähren, begründet; so Laband aO. S. 408; die Begründung des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses aller Beamten durch Vertrag erkennt auch **RG.** II 2. Dez. 81 R. **3** 763 an; aM. jedoch Hälschner **2** 1031; wenn dieser, ebenso wie **RG.** I 17. Nov. 83 E. **9** 204, auf Fälle hindeutet, in denen, wie z. B. nach der PrKreisO. v. 19. März 1881 § 8, eine gesetzliche Pflicht zur Uebernahme obwalte, so stehen dieselben jener Auffassung nicht entgegen, da auch hier die Uebernahme des Amtes nur mit dem Willen des Verpflichteten stattfindet, gegen den Nichtwollenden aber nur Strafen zur Anwendung kommen; vgl. dagegen N. 8a. Im übrigen bedient man sich der (freilich von Hälschner aO. S. 1033 N. 4 für ungenügend erachteten; s. u. N. 9) Formel, daß als Beamter derjenige anzusehen sei, welcher durch staatl. Bestallung bzw. durch Uebertragung von Funktionen mit dem Charakter öffentl. Amtsthätigkeit berufen worden sei, als Organ der Staatsgewalt unter öffentlicher Autorität für die Zwecke des Staats thätig zu werden; so insbs.: **RG.** I 18. März, 11. Okt. 80, 16. Jan. 82, E. **1** 327, **2** 316, **5** 337, III 6/13. Nov. 84 R. **6** 711, Berlin OAG. 5. Okt. 72, Dresden 8. Dez. 71, 9. Aug. 75, München 13. Sept. 73, 12. Jan. 77, St. **2** 133, **1** 313, **6** 380, **3** 38, **7** 204.

Als weiteres, positives Erforderniß für den Begriff des Beamten i. S. des StGB. stellt § 359, in Uebereinstimmung mit der gesammten Redaktionsweise des StGB. (vgl. Th. II Abschn. 6 N. 1), die Anstellung im Dienste „des Reichs oder eines Bundesstaats" auf, verlangt damit also die Eigenschaft des Beamten als „inländischen". Mit Recht bemerkt das cit. **RG.** 24. März 84, daß § 359 (trotz der allg. Begriffsbegrenzung) doch in keiner Weise die Bedingungen normire, unter welchen das Reich o. der einzelne Bundesstaat die Anstellung seiner Beamten und die Regelung ihrer Amtsbefugnisse ordnen wolle, weshalb immer nur aus der für den einzelnen Fall maßgebenden reichs- o. landesgesetzlichen Dienst-

pragmatik entschieden werden könne, ob eine Person als Beamter angestellt sei und ob diese o. jene Funktionen zu den Amtspflichten gehörten. Vgl. u. N. 13 ff.

3) Ausdrücklich bestimmt § 359 noch „aus redaktioneller Zweckmäßigkeit und behufs Beseitigung von Zweifeln, die sich in der Rechtsübung geltend gemacht haben" (Motive), daß unter Beamten zwar „Notare, nicht aber Advokaten und Anwalte" zu verstehen seien, obgleich § 31_2 unter „öffentlichen Aemtern" nicht blos das Notariat, sondern auch die Advokatur und die Anwaltschaft mitbegreift. Ausdrücklich verleiht ferner GVG. § 116 Handelsrichtern „alle Rechte und Pflichten richterlicher Beamten".

4) Was die auf Grund des Dienstverhältnisses seitens des Beamten dem Staate zu leistenden Dienste betrifft, so macht es begrifflich keinen Unterschied, ob diese obrigkeitlicher o. technischer Natur, ob sie höherer o. niederer Art sind; Laband Staatsr. **1** 409 f., Hälschner **2** 1029, H. Meyer S. 232; vgl. **RG.** I 14. März 81 E. **3** 420, es sei gleichgültig, ob der Beamte zu selbständigen Anordnungen befugt oder nur zu einer begutachtenden, vorbereitenden oder unterstützenden Thätigkeit berufen sei, ferner II 1. Okt. 86 E. **14** 345, auch die vom Staate bei seinen industriellen Instituten, welche im öffentl. Interesse Erwerbszwecke verfolgten, angestellten Personen seien Beamte. Insbs. hinsichtlich der nur mechanischen Dienste so: **RG.** I 16. Jan. 82 E. **5** 337, Berlin 19. Okt. 77 O. **18** 629; aM. Dresden 17. März 73 St. **3** 41. Vgl. übrigens u. N. 7.

5a) Das Dienstverhältniß des Beamten — und somit die Beamteneigenschaft — wird durch die „Anstellung" begründet, d. h. die von der hierfür nach Reichs- bzw. Landesrecht zuständigen Amtsstelle des Reichs o. Staates ausgehende Berufung zur Wahrnehmung der dem Staatszwecke unmittelbar o. mittelbar dienenden öffentlichen Funktionen; **RG.** I 22. Dez. 81, II 1. Okt. 86, III 10. Nov. 87, 28. Feb. 84, E. **5** 418, **14** 345, **16** 378, R. **6** 159, München 12. Jan. 77 St. **7** 204. Der Unterschied zwischen unmittelbaren und mittelbaren Beamten beruht darauf, daß die Berufung entweder durch eine staatl. Behörde selbst oder aber auch „mittelbar" geschehen kann, sei es durch eine nicht staatliche öffentliche Behörde, sei es selbst durch eine privatrechtliche Korporation oder Genossenschaft bzw. eine einzelne Privatperson, vorausgesetzt nur, daß der Staat eine solche Berufung zur Ausübung einer öffentlich rechtlichen Funktion seinerseits anerkennt und dadurch den Dienstverrichtungen der so berufenen Person seine staatliche Autorität verleiht; **RG.** III 6. Nov. 82 E. **7** 210, Herbst G. **38** 345. Vgl. übrigens u. N. 12.

b) Ueber die Form der Anstellung enthält das StGB. keine positive, sondern nur die negative Vorschrift, daß es keinen Unterschied begründe, ob die angestellte Person „einen Diensteid geleistet hat oder nicht". Sofern daher nicht sonstige Reichs- oder Landesgesetze die Rechtswirksamkeit einer Anstellung von der Beobachtung bestimmter Förmlichkeiten abhängig machen, genügt auch eine formlose Anstellung, d. h. jede bezügliche Willenserklärung des zuständigen Anstellungsorganes; die Ertheilung einer sog. Bestallung ist somit kein allgemeines Erforderniß; **RG.** I 7. Mai 83, III 6/13. Nov. 84, R. **5** 328, **6** 711, IV 1. Feb. 87 E. **15** 244, Hälschner **2** 1033.

Jene negative Vorschrift ist bezüglich der Reichsbeamten nicht etwa durch RBeamtenG. § 3 modifizirt; denn die Verabsäumung der dort vorgeschriebenen eidlichen Verpflichtung ist auf die Pflichten, die der Betreffende durch die Uebernahme des Amtes dem Reiche o. Dritten gegenüber, mit denen er in amtlichen Verkehr getreten ist, übernommen hat, ohne Einfluß; Berlin 22. Apr. 79 O. **20** 220. In ähnlicher Weise hat **RG.** I 3. Mai 88 E. **17** 406 die Beamteneigenschaft eines „Leichenschauers" in Bayern bejaht, trotzdem die neben der Anstellung vorgeschriebene „handgelübdliche" Verpflichtung nicht stattgefunden hatte, weil die Gültigkeit der Anstellung davon nicht abhängig gemacht sei.

Anders dagegen verhält es sich, wie angedeutet, wenn in rechtsgültiger Weise für eine bestimmmte Beamtenkategorie der Eintritt in ihre öffentlichrechtl. Funktionen von einer besonderen Verpflichtung ausdrücklich abhängig gemacht ist; so treten z. B. die Bahnpolizeibeamten, jetzt gemäß BetriebsO. f. d. Haupteisenbahnen D's v. 5. Juli 1892 § 68_2, erst nach der Vereidigung durch die kompetente Behörde dem Publikum gegenüber in die Rechte der öffentl. Polizeibeamten (vgl. Berlin 5. Feb. 73 St. **2** 225, das deshalb bei fehlender Vereidigung den

Thatbestand des § 113 verneinte), so haben nach der BayerGemeindeO. v. 29. Apr. 1869 Art. 141₃ die zur Handhabung der Ortspolizei bestellten Bediensteten den amtlichen Glauben öffentl. Diener erst dann zu beanspruchen, wenn sie von der Distriktsverwaltungsbehörde verpflichtet sind (vgl. RG. I 20. Juni 88 E. 18 37, das deshalb bei fehlender Verpflichtung den Thatbestand aus § 268² verneinte); ähnlich sind in Bayern nur die verpflichteten Fleischbeschauer zur Aufnahme öffentl. Urk. befugt (vgl. RG. I 25. Apr. 89 E. 19 180).

6) Ist eine Anstellung seitens des zuständigen Organes erfolgt, so kommt es nicht darauf an, ob der Angestellte auch diejenigen persönlichen Eigenschaften besaß, die er nach den maßgebenden Bestimmungen besitzen mußte, um anstellungsfähig zu sein; denn der einmal angestellte Beamte muß solange, als ihm diese Eigenschaft verliehen ist, auch als solcher gelten; so RG. I 3. Juni 80 E. 2 82 (bezüglich des dem Beamten bei Ausübung seines Berufes innerhalb seines amtlichen Wirkungskreises gegenüber darauf sich beziehenden, unter das Strafgesetz fallenden Angriffen zu gewährenden Schutzes), ferner: Hälschner 2 1032 N. 3, Oppenh. N. 10; aM. Herbst GS. 27 401 ff. betreffs der auf § 31 beruhenden UnfzB. öffentlAemter.

7) Darüber, ob im Einzelfalle eine Anstellung erfolgt sei, muß eine thatsächliche Feststellung in einer für die Nachprüfung der Revisionsinstanz zureichenden Weise getroffen werden; RG. III 28. Feb. 84 R. 6 159 (ungenügend sei die Begründung, daß Jemandem „als Nachtwächter zweifellos der Charakter eines Beamten beizumessen sei").

Entscheidend ist an erster Stelle der formale Berufungsakt, insbs. die ausgefertigte Bestallungsurkunde (s. o. N. 5 b); erst in Ermangelung eines unzweideutigen Berufungsaktes ist es zulässig, aus der Art und Beschaffenheit der innerhalb der Zuständigkeit thatsächlich ausgeübten öffentl.-rechtlichen Dienstfunktionen auf die durch Anstellung begründete Beamtenqualität zurückzuschließen; dabei ist aber nach dem o. N. 4 Bemerkten Voraussetzung, daß die betreffenden Dienstverrichtungen nur bei Wahrnehmung durch einen öffentlichen Beamten rechtliche Wirkung gewinnen können, daß sie also von einem Nichtbeamten überhaupt nicht geleistet werden können. So: RG. I 16. Jan. 82, III 10. Nov. 87, 6/13. Nov. 84, E. 5 337, 16 378, R. 6 711, Berlin 7. Okt. 75, 19. Okt. 77, St. 6 56, O. 18 629. Aus diesem Gesichtspunkte rechtfertigt sich auch RG. I 1. Juli 80 E. 2 189, wonach ein mit Genehmigung des Oberpostamtes seitens eines bayer. Posterpeditors mit der Klausel „auf Haft und Gefahr des Expeditors" angenommener Gehülfe dennoch als Beamter angesehen wurde, weil er, von Anderem abgesehen, mit Dienstvorrichtungen befaßt worden sei, die ihrer Natur nach Bedeutung und Wirkung nur unter der Voraussetzung der Wahrnehmung durch einen öffentl. Beamten gewinnen konnten. Aber selbst die Klausel in einem Dienstvertrage, daß die Person die Rechte eines öffentl. Beamten nicht haben solle, schließt die Möglichkeit nicht aus, daß dennoch eine Anstellung als Beamter erfolgt sei, dann nämlich, wenn Funktionen übertragen sind, die nur Ausfluß eines öffentl. Amtes sein können; es kann ferner möglicher Weise das innere Verhältniß als rein privatrechtliches geregelt sein, während nach außen hin der Angestellte amtliche Funktionen ausüben soll; cit. RG. 10. Nov. 87, Berlin OAG. 12. Juli 71 O. 12 388. Endlich ist zu beachten, daß ein ursprünglich privatrechtl. Dienstvertrag durch spätere Vorgänge in ein öffentlich-rechtliches Beamtenverhältniß umgewandelt sein kann; so die citt. RG. 1. Juli 80, 10. Nov. 87.

In dem Erlasse gesetzlicher Bestimmungen, wonach den Zeugnissen gewisser Personen eine amtliche Beweiskraft eingeräumt ist, ist ein als Anstellung zu bezeichnender Akt der Berufung noch nicht zu finden; RG. III 7. Jan. 84 R. 6 26. Selbst der im Gesetze gebrauchte Ausdruck „Anstellung" ist für die Uebertragung eines öffentl. Amtes nicht unbedingt entscheidend; so wird mit jenem Ausdrucke im § 36₁ der GewerbeO. lediglich die für gewisse Fälle erforderliche Konzessionsertheilung an einzelne Gewerbtreibende bezeichnet; RG. I 20. Juni 88 E. 18 37.

8) Wer dagegen in ein Dienstverhältniß zum Staate nicht durch Anstellung, sondern aus einem anderen Grunde tritt, ist nicht Beamter. Das trifft namentl. zu, wenn die Funktionen ausgeübt werden:

a. in Erfüllung einer allg. Unterthanenpflicht (verschieden von dem o. N. 2₂ gedachten

Falle einer gesetzlichen Verpflichtung zur Uebernahme des Amtes), wie z. B. bei der militärischen Dienstpflicht; Laband Staatsr. **1** 407; anders dagegen bei den berufsmäßigen Militärpersonen; so sind namentl. Offiziere im jurist. S. Staatsbeamte; **RG.** II 21. Feb. 90 **E. 20** 268 (btr. § 164), Laband aO. **2** 676 u. speziell btr. eines Rondeoffiziers Celle OLG. 24. Jan. 89 **G. 37** 215;

b. auf Grund einer allgemeinen gesetzlichen Bestimmung als ein Recht; **RG.** I 17. Nov. 83 **E. 9** 204;

c. auf Grund eines lediglich privatvertragsmäßigen Verhältnisses.

9) Die Anstellung kann „auf Lebenszeit, auf Zeit oder nur vorläufig" erfolgen. Die Dauer der Amtsübertragung wird sonach mit Recht für etwas begrifflich Unerhebliches erachtet; Laband Staatsr. **1** 409; vgl. jedoch Hälschner **2** 1033, der, trotzdem die Beamtenqualität nicht durch eine Zeitdauer des Dienstes bedingt sei, dennoch fordert, daß der Betreffende den generellen Auftrag erhalten habe, gewisse Amtsgeschäfte „bleibend u. fortdauernd" auszuüben, i. d. S., daß der Beamte den allgemein gefaßten Auftrag habe, alle im Einzelnen noch nicht bestimmten, in den Geschäftskreis des btr. Amtes fallenden Dienste, zu denen während der Zeit seines Dienstes Anlaß gegeben werde, zu leisten; dagegen genüge es nicht zur Begründung der Beamteneigenschaft, wenn Jemandem, wie z. B. Geschworenen u. Schöffen, die Wahrnehmung von Amtsgeschäften nur vorübergehend u. speziell aufgetragen sei (s. jedoch o. N. 8).

Wegen Fälle aus der Praxis, in denen es um nur „auf Zeit" oder „vorläufig" angestellte Beamte sich handelte, vgl.: **RG.** I 13. Nov. 79, 18. März 80, **R. 1** 64, **E. 1** 327, Berlin OAG. 5. Okt. 72, Dresden 9. Aug. 75, St. **2** 133, **6** 380.

10) Begrifflich gleichgültig ist es auch, wennschon § 359 solches nicht hervorhebt, ob das Dienstverhältniß einen Anspruch auf Gehalt gewährt oder nicht; **RG.** II 19. Feb. 84 **R. 6** 134, Laband Staatsr. **1** 408, Hälschner **2** 1031. Noch weniger kommt es darauf an, ob ein „festes Entgelt" oder eine „Vergütung nach Maßgabe des Geleisteten" gewährt wird, oder ob der Beamte (wie z. B. die Notare, die Gerichtsvollzieher sowie die Fleischbeschauer) auf den Bezug von Gebühren für Einzelleistungen angewiesen ist; **RG.** I 18. März, 24. Juni 80, **E. 1** 327, **R. 2** 108, Berlin OAG. 5. Okt. 72 St. **2** 133.

11) Ebenso ist es begrifflich gleichgültig, ob der Staatsbeamte in der Wahrnehmung seiner Amtsgeschäfte seinen ausschließlichen oder wesentlichen Lebensberuf hat oder ob er sie nur als Nebengeschäfte betreibt; Laband Staatsr. **1** 411.

12) Der Beamte steht entweder „im Dienste des Reichs oder in unmittelbarem oder mittelbarem Dienste eines Bundesstaats" (N. 2_3).

Wenn man auch bei den Reichsbeamten auf Grund des ReichsbeamtenG. § 1 i. V. mit RV. Art. 18 und dem durch die V. btr. den Diensteid der unmittelbaren Reichsbeamten v. 29. Juni 1871 eingeführten Sprachgebrauch gleichfalls „unmittelbare" und „mittelbare" unterscheidet, so hat doch § 359 lediglich die ersteren, die „vom Kaiser angestellten" Reichsbeamten, im Auge, weil die letzteren zugleich Landesbeamte sind, d. h. „im Dienste eines Bundesstaates stehen"; Laband Staatsr. **1** 418, Hälschner **2** 1030.

Welche Landesbeamte zu den „unmittelbaren", welche zu den „mittelbaren" Staatsbeamten gehören (N. 5), bestimmt sich nach der btr. Landesgesetzgbg.; **RG.** III 6. Mai 86 **E. 14** 130, Berlin 30. Apr. 73 St. **3** 41, v. Kirchmann Nachtrag § 359 N. 1, Puchelt N. 3, v. Schwarze N. 4. Im allg. sind aber „mittelbare" Beamte namentl. diejenigen, welche zur Herbeiführung staatlicher Zwecke seitens einer dem Staate untergeordneten, organisch in seine Verfassung eingreifenden Gemeinheit berufen sind und somit der Aufsicht und Kontrole des Staates unterliegen; **RG.** I 19. Jan. 80, 20. Jan. 81, **E. 1** 153, **3** 258, Wolfenbüttel 8. Feb. 77 St. **8** 305.

13) Nach Reichsrecht bzw. nach dem öffentl. Rechte des Reichs sind in der Praxis als „Beamte" angesehen und zwar:

I. innerhalb der Reichspostverwaltung: a. ein Postagent (in Elf.-Lothr.); **RG.** I 26. Jan. 91 **E. 21** 310; b. ein Posteleve, dem der Postdienst interimistisch oder auch nur der Schalterdienst selbständig anvertraut war; Dresden 22. Jan. 75 St. **6** 55; c. die von den

Kais. Ober-Postdirektionen in Preußen angestellten Unterbeamten, obgleich RV. Art. 50 die Anstellung solcher Beamten den Bundesstaaten überlasse; denn soweit die Landesregierung von dem eingeräumten Recht nicht Gebrauch mache, trete das aus der Kais. Prärogative der oberen Leitung der Postverwaltung abgeleitete Recht der Kais. Behörden ein, für ordnungsmäßige Verwaltung auch durch Besetzung der Unterbeamtenstellen zu sorgen; Berlin 22. Apr. 79 O. **20** 220;

II. auf Grund des BahnpolizeiRegl. (jetzt der BetriebsO. v. 5. Juli 1892 §§ 66 ff.) die als solche vorschriftsmäßig (N. 5 b letzt. Abs.) angestellten Bediensteten einer Privateisenbahngesellschaft, insoweit sie bahnpolizeil. Funktionen ausüben; RG. III 24. März 84 E. **10** 325 (N. 15 b I);

dagegen nicht erachtet die Konkursverwalter, weil dieselben nicht für Staatszwecke als Organe der Staatsverwaltung thätig seien; RG. II 19. März 89 E. **19** 85.

14) Preußen btr. so mag zunächst hervorgehoben werden, daß die Schiedsmänner zwar nach der SchiedsmannsO. v. 29. März 1879 § 6 „bei Ausübung ihres Amtes die Rechte der Beamten" haben, daß man dagegen absichtlich davon abgesehen hat, auszusprechen, daß sie öffentl. Beamte seien. Dagegen sind zweifellos als Beamte nicht anzusehen:

a. die sog. Hofbeamten (RG. II 13. Jan. 91 E. **21** 381, Berner S. 647, Oppenh. N. 30, Rubo. N. 6, Schulze PrStaatsr. **I** 313), jedoch können dieselben nach PersonenstdsG. § 72 die Eigenschaft von Standesbeamten erhalten;

b. die Landgendarmen, welche vielmehr, obschon sie nicht zum D. Heere gehören (§ 10 N. 2), nach Beil. A. z. StGB. f. d. PrHeer v. 3. Apr. 1845 Personen des Soldatenstandes sind u. als solche nach EGzMStGB. § 2 i. V. mit § 4 des cit. StGB. v. 3. Apr. 1845 wegen aller strafb. Hdlgen dem MStGB. unterstehen; vgl. jedoch MStGB. § 145, wonach die in den „allgemeinen Strafgesetzen" für Beamte gegebenen Bestimmungen unter Umständen auch auf Personen des Soldatenstandes Anwendung finden. So: Berlin OTr. 5. Juli 72, 10. Jan. 78, St. **2** 39, O. **19** 16, Meves HH. **3** 968 N. 3, Herbst G. **23** 92 ff., Hecker Militärstrafr. S. 33, G. **31** 95 N. 31 u. Abhdlgen S. 94. AM.: Berlin OAG. 4. Okt. 73 St. **3** 76, Oppenh. N. 49.

15) Die Praxis auf Grund des Preußischen Rechts ist folgende:

a) Die Beamteneigenschaft ist bejaht:

I. innerhalb der Bauverwaltung btr. der von den zuständigen Staatsbehörden angestellten Schleusenmeister; RG. II 1. Okt. 86 E. **14** 345;

II. innerhalb der Eisenbahnverwaltung: α. btr. der im Dienste der Kgl. Staatseisenbahnverwaltung stehenden Schaffner, auch insoweit sie den Dienst in einem anderen Bundesstaate verrichten; RG. III 17. Jan. 87 R. **9** 59; β. btr. der von einer die Verwaltung einer Privatbahn führenden Kgl. Direktion innerhalb des Geschäftskreises angestellten Beamten; Berlin 3. Nov. 75, 5. Juli 77, O. **16** 707, **18** 505;

III. innerhalb der Forst- u. Feldpolizeiverwaltung: α. btr. der nach dem PrFDG. §§ 23 ff. ein für alle Mal gerichtlich beeidigten Personen; vgl. die in N. 2a zum § 117 citt. Entsch. des RG.; β. der Beamten des Hofjagdamtes, welche von diesem, ohne daß es einer Bestätigung durch den Landrath bedarf, auf Grund eines mit der Gemeinde geschlossenen Vertrages als Feld- u. Forsthüter auf der Gemeindefeldmark bestellt sind, weil unter den „für den Feldschutz (Forstschutz) im Kgl. Dienste angestellten Personen" i. S. des PrFFPG. § 63 nicht blos die Staatsbeamten, sondern allgemein die Beamten im Dienste Sr. Majestät des Königs zu verstehen seien; RG. II 9. Okt. 85 E. **12** 419 (vgl. dagegen Herbst G. **28** 337, der btr. der auf Grund des PrFFPG. angestellten Feld- u. Forsthüter überhaupt zu anderen Resultaten kommt);

IV. innerhalb der geistlichen u. Unterrichtsverwaltung: α. btr. der Geistlichen, soweit sie auch noch nach Erlaß des PersonenstdsG. berechtigt sind, aus Kirchenbüchern Zeugnisse mit amtl. Charakter zu ertheilen; RG. III 22. Jan. 83 R. **5** 56, Berlin 10. Juni, 12. Nov. 74, O. **15** 375, 768; β. btr. der Pfarrer, soweit sie von der Staatsverwaltung zur Verwaltung des Kirchenvermögens berufen sind; Berlin 30. Apr. 73, 16. Nov. 76, St. **3** 41, O. **15** 743; dsgl. in derselben Beschränkung btr. der Küster einer evangel. Kirchengemeinde; RG. II 16. März 86 E. **13** 432; γ. btr. der Rendanten einer kathol. Kirchen-

gemeinde nach dem G. v. 20. Juni 1875; RG. I 20. Jan. 81 E. 3 258, IV 10. Juni 84 R. 6 418; dsgl. btr. der Rendanten einer evangel. Kirchengemeinde in den (neun) alten Provinzen; RG. III 6. Mai 86 E. 14 130; insbs. auch der dazu vom Gemeindekirchenrath nach der Pr. Kirchengemeinde- u. SynodalO. v. 10. Sept. 1873 bestellte Pfarrer; RG. II 11. März 90 G. 38 58; δ. btr. der Rendanten einer Schulgemeinde; RG. II 5. Juli 81 E. 4 379, Berlin 29. Jan. 79 O. 20 51;

V. innerhalb der Verwaltung des Innern: α. btr. der öffentl. angestellten Fleischbeschauer; RG. I 24. Juni 80 R. 2 108, II 20. Sept. 81, 27. Jan. 88, III 13. März 90, E. 4 421, 17 94, 20 313; β. btr. folgender in der städtischen Verwaltung beschäftigter Personen: 1. der Mitglieder der bei den Magistraten gebildeten städt. Deputationen; RG. IV 12. Okt. 88 R. 10 565; 2. der von den Magistraten zur Einschätzung für Versicherungen bei einer Feuersozietät bestellten Taxatoren; Berlin 7. Apr. 75 St. 5 65; 3. btr. des Dirigenten einer städt. Gasanstalt; RG. I 19. Jan. 80 E. 1 153; 4. btr. der Bezirksvorsteher (in den östl. Provinzen); RG. I 14. März 81 E. 3 420; 5. btr. der Gemeindevorsteher, auch wenn u. soweit sie als „Ortssteuererheber" fungiren; RG. I 23. März 91 E. 21 398.

b) Dagegen ist die Beamteneigenschaft verneint:

I. weil überhaupt kein Dienstverhältniß zum Staate begründet war: α. btr. der Bediensteten einer Privateisenbahngesellschaft, soweit es sich nicht um Ausübung bahnpolizeil. Funktionen handelt; Berlin 4 Dez. 73 St. 3 234 speziell die Beamteneigenschaft verneinend bei Vornahme der Fahrgeldskontrole, während das o. N. 13 II cit. RG. 24. März 74 dahin gestellt sein läßt, ob schon hierbei bahnpolizeil. Funktionen ausgeübt werden; β. btr. der Geistlichen, soweit ihnen nicht staatl. Funktionen übertragen sind (s. o. a IV α, β); Berlin 28. Mai, 17. Juni 74, O. 15 335, St. 4 97;

II. weil das zum Staate bestehende Dienstverhältniß nicht auf Anstellung beruhte, und zwar:

α. weil die Anstellung nicht von zuständiger Stelle ausgegangen war, indem die vorgeschriebene höhere Genehmigung (Bestätigung) fehlte (N. 5a), btr. aller Polizeibeamten einer Gemeindebehörde, insbs. der Polizeisekretäre und Nachtwächter, nach § 64 des G. über die Polizeiverwaltung v. 11. März 1850; RG. II 19. Feb. 84 R. 6 134, IV 5. Juni 91 E. 22 39, sowie btr. allen Beamten, insbs. der Diener u. Nachtwächter, einer Dorfgemeinde (im Bereiche der KreisO. f. d. östl. Provinzen v. 19. März 1881) bei fehlender Genehmigung seitens des Landrathes; RG. II 8. Okt. 86 E. 14 350;

β. weil die Uebernahme der amtl. Funktionen auf Grund allg. gesetzl. Bestimmungen als Recht erfolgte (N. 8b), sei es ohne Weiteres — so btr. eines Gutsbesitzers in Altpreußen, der vermöge seiner Patronatseigenschaft den Vorsitz im Schulvorstande ohne Zuthun der Staatsgewalt übernommen hatte; RG. I 17. Nov. 83 E. 9 204 — sei es i. V. mit einer, eine staatl. Bestätigung nicht bedürfenden Wahl — so btr. der Stadtverordneten; Berlin 18. Juli 72, 5. Jan. 77, O. 13 431, 18 13;

γ. weil lediglich privatvertragsmäßige Uebernahme der btr. Funktionen vorlag (N. 8c): 1. btr. der kraft eines von der Behörde ertheilten speziellen Auftrages funktionirenden Gefangentransporteure; RG. I 22. Dez. 81 E. 5 418, Berlin 7. Mai 75 O. 16 356; 2. btr. der bei den Gerichten u. Staatsanwaltschaften beschäftigten Lohnschreiber; RG. I 16. Jan. 82 E. 5 337; 3. btr. der Krankenwärter in einer provinzialstädtischen Heil- u. Pflegeanstalt; RG. III 6/13. Nov. 84 R. 6 711; 4. btr. der Kgl. Lotterieeinnehmer u. -untereinnehmer (gemäß § 4 der Geschäftsanweisung f. dieselben v. 1. Juli 1868); Berlin 7. Okt. 75 St. 6 56; 5. btr. der Steiger auf fiskalischen Bergwerken; Berlin 19. Okt. 77 O. 18 629.

16) Bayern btr., so ist in der Praxis a. die Beamteneigenschaft bejaht:

α. btr. der Kgl. Forstgehülfen; München 13. Juni 74 St. 4 133;

β. btr. der protestant. Pfarrer, soweit sie von der Staatsgewalt zur Verwaltung des Kirchenvermögens berufen sind; RG. I 11. Okt. 80 E. 2 313;

γ. in der Verwaltung des Innern btr. 1. der Gemeindebeamten überhaupt; München 20. Apr. 75 St. 5 177; insbs. 2. btr. der von einem Stadtmagistrate angestellten Stadt-

schreiber; **RG.** I 7. Nov. 81 **R. 3** 688, München 18. Juni 77 **St. 7** 359; 3. btr. der mit der Verwaltung des Gemeindevermögens betrauten Mitglieder der Ortsausschüsse in den Landgemeinden; **RG.** I 1. Feb. 83, 4. Feb. 89, **E. 8** 29, **18** 391; 4. btr. der öffentl. Diener der Landgemeinden, auch vor ihrer Verpflichtung durch die vorgesetzte Verwaltungsbehörde; **RG.** I 5. Jan. 84 **E. 9** 409; 5. btr. der in den Gemeinden angestellten Wagmeister; **RG.** I 20. Juni 88 **E. 18** 37, München 13. Sept. 73 **St. 3** 38; der in den Gemeinden angestellten Fleischbeschauer; **RG.** I 22. Okt. 83, 25. Apr. 89, **E. 9** 139, **19** 180; der zum Zwecke der Haussteuereinschätzung in den Gemeinden gewählten Taxatoren; München 13. Juni 74 **St. 4** 133;

b. die Beamteneigenschaft verneint und zwar:

α. wegen privatvertragsmäßiger Annahme btr. der von einem Beamten, wenn auch zu staatl. Zwecken, angenommenen Privatschreiber; München 18. Jan., 22. Feb. 73, **St. 2** 205, 247;

β. btr. der von einem Polizeibeamten zu einer Feuerbeschau zugezogenen Sachverständigen; München 24. Dez. 75, 11. Mai 77, **St. 6** 57, **7** 357.

17) Das Königreich Sachsen btr., so ist in der Praxis die Beamteneigenschaft:

a. bejaht: α. btr. der von dem Eigenthümer eines Rittergutes o. eines anderen von einem Gemeindeverbande eximirten Grundstückes angestellten, mit Ausübung des Forstschutzes betrauten Förster; **RG.** III 6. Nov. 82 **E. 7** 210; β. btr. der Kgl. Lotteriekollekteure; Dresden OLG. 12. Okt. 89 **G. 37** 306;

b. verneint u. zwar wegen fehlenden Dienstverhältnisses zum Staate btr. der Gemeindevorstände, die nach der LandgemeindeO. v. 7. Nov. 1837, insbs. §§ 36 ff., als solche lediglich zur Vertretung der Gemeinde nach außen hin berufen seien; Dresden 8. Dez. 71 **St. 1** 313.

18) Baden btr., so ist in der Praxis die Beamteneigenschaft bejaht:

a. btr. der „verpflichteten Jagdaufseher"; Mannheim 8. März 73 **St. 2** 249;

b. btr. der Fleischbeschauer; **RG.** I 2. Mai 89 **E. 19** 197.

19) Mecklenburg-Schwerin btr., so ist über die Frage, ob und in welchem Sinne ein dortiger Geistlicher der evangel. luth. Landeskirche als Beamter anzusehen sei, zu vergleichen **RG.** III 7. Mai 88 **R. 10** 385.

20) Braunschweig btr., so ist in der Praxis die Beamteneigenschaft der Gemeindebeamten, insbs. der Vorsteher, Einnehmer, Schullehrer rc. bejaht; Wolfenbüttel 5. Sept. 73, 9. Juni 76, 8. Feb. 77, **St. 3** 107, **6** 379, 8 304.

Neunundzwanzigster Abschnitt.

Uebertretungen.

Aktenst. Nr. 124 II. StB. S. 759—761.

1) Der Abschn. 29 behandelt ausschließlich „Uebertretungen" i. S. des § 1_3; wenn es aber auch in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben mag, im Abschn. 29 alle im StGB. überhaupt behandelten Uebertretungen zusammenzufassen, so ist das nicht völlig erreicht, indem auch in den vorhergehenden Abschnitten des Th. II einzelne Uebertretungen vorkommen; vgl. § 1 N. $9_{2,3}$. Eine Materie i. S. des EG. § 2 ist im Abschn. 29 nicht behandelt worden; vgl. EG. § 2 N. 4b.

2) Indem die Uebertretungen in den Kreis der nach dem StGB. strafb. Hdlgen aufgenommen wurden, sollte — nach den Motiven — dem Gedanken, daß hierbei nicht ein von dem übrigen Strafrecht generisch sich unterscheidendes Gebiet behandelt werde, noch dadurch ein schärferer Ausdruck gegeben werden, daß man den „Allgemeinen Theil" auf alle strafb. Hdlgen, sonach auf V. V. und Uebertretungen erstreckte; vgl. § 1 N. 13 u. Th. I N. 1. Ausnahmen von den sonstigen allgemeinen Bestimmungen sollten nur da gegeben werden, wo die Natur der geringen strafb. Hdlg. solche nöthig mache; vgl. deshalb § 1 N. 13_2.

Zu beachten ist aber, daß die im Abschn. 29 behandelten Uebertretungen vorwiegend Polizeidelikte sind (§ 1 N. 1), was namentl. für die Frage von Bedeutung ist, welche Schuldformen mit Strafe bedroht seien, indem bei den Polizeidelikten unterschiedslos das vorsätzliche und das fahrlässige Handeln (soweit solches nach dem Thatbestande überhaupt denkbar) unter dieselbe Strafandrohung gestellt ist (vgl. Th. I Abschn. 4 N. 4_2). Aber auch die Polizeidelikte erfordern zum subjektiven Thatbestande stets eine Schuld, weshalb auch der § 59 Anwendung findet (das. N. 12). Ebenso bleibt bei den Polizeidelikten das Erforderniß objektiver Rechtswidrigkeit bestehen (Th. I Abschn. 4 N. 1).

3) Wegen Bestrafung von im Auslande begangenen Uebertretungen vgl. § 6.

4) Der Versuch ist nach § 43 straflos; doch sind thatsächlich im Abschn. 29 manche Versuchs- auch bloße Vorbereitungshdlgen unter besondere Straffanktionen gestellt (§ 43 N. 28).

5) Wegen Theilnahme gelten im übrigen die Vorschriften des Th. I Abschn. 3, freilich mit der wichtigen Ausnahme, daß die Beihülfe zu einer Uebertr. nach § 49 straflos ist (gleichwie übrigens die Begünstigung zu einer solchen; §§ 257 f.). Was den § 50 anbetrifft, so fehlt es im Abschn. 29 an der seine Anwendbarkeit bedingenden Voraussetzung; vgl. jedoch § 370 Schlußnote a.

6) Die im Th. I Abschn. 4 behandelten „Gründe, welche die Strafe ausschließen oder mildern" finden auch auf Uebertretungen Anwendung, was namentl. vom § 59 (das. N. 9, 19) gilt. Ausgeschlossen ist dagegen das System der mild. Umst. (Th. I Abschn. 4 N. 13).

Besondere Folgerungen aus den allg. Grundsätzen werden für Uebertretungen gezogen in den: §§ 57^4 (Verweis), 67_3 (Verjährungsfrist der Strafverfolgung von Uebertretungen); vgl. auch § 70^6.

Nur auf Antrag verfolgbar sind allein die Uebertretungen aus § $370^{5, 6}$.

7) Aus dem Th. I Abschn. 5 „Zusammentreffen mehrerer strafb. Hdlgen" finden die Vorschriften über Idealkonk. (§ 73) auf Uebertretungen uneingeschränkte Anwendung, während bei Realkonk. die §§ 77, 78 Platz greifen (vgl. auch § 76 N. 3); uneingeschränkte Anwendung findet ferner § 79 i. V. mit den §§ 77, 78.

8a) Die angedrohten Hauptstrafen sind — von der außerordentlichen des Verweises (§ 57[4]) abgesehen — gemäß § 1_3 Haft von 1 T. bis zu 6 W. (§ 18) oder Geldstrafe von 1 bis zu 150 M. (§ 27), und zwar ist angedroht:

α. nur Haft im § 361[1-8];

β. nur Geldstrafe in den §§ 364, 365_1;

γ. wahlweise Haft oder Geldstrafe in den §§ 360, 361[9], 363, 365_2, 366, 366a, 367, 368, 369, 370, und zwar unter Voranstellung der Haft in den §§ 361[9], 363, der Geldstrafe in den übrigen §§.

Die angedrohten Höchstbeträge sind entweder die bei Uebertretungen überhaupt zulässigen (§§ 360, 361, 363, 364, 366a, 367, 370), oder geringere und zwar:

der Haft (in den §§ 365_2, 366, 368: bis zu 14 T., im § 369 bis zu 4 W.);

der Geldstrafe (im § 365_1 bis zu 15 M., in den §§ 365_2, 366, 368: bis zu 60 M., im § 369 bis zu 100 M.).

Demgemäß darf zwar im Falle des § 365_1 beim Höchstbetrage der — allein angedrohten — Geldstr. von nur 15 M. nach §§ 28 f. eine Haftstrafe von 15 T. für den Nichtbeitreiblichkeitsfall substituirt werden, dagegen darf gemäß § 29_2 in den Fällen der §§ 365_2 366, 368 dem Höchstbetrage von 60 M. nur eine Haftstrafe von 14 T. substituirt werden, ferner im Falle des § 369 nur eine solche von 4 W.

b) Wegen Nebenstrafen vgl. § $362_{2,3}$. Ehrenstrafen sind als Nebenstrafen gänzlich ausgeschlossen.

c) Wegen der polizeilichen Maßregel der Einziehung (Th. I Abschn. 1 N. 4d) vgl. §§ 360_2, 367_2, 369_2.

9) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in 3 Mt.

10) Zuständig ist **SchöffenG.** bzw. **AG.**; GVG. § 27[1], StPO. § 211_2. Wegen amtsrichterl. Strafbefehls (der nicht auf Ueberweisung an die LPBehörde — § 362_2 — lauten darf) und wegen Zulässigkeit einer polizeil. Strafverfügung vgl. StPO. §§ 447, 453.

§. 360.

Mit Geldstrafe bis zu einhundertfunfzig Mark oder mit Haft wird bestraft:

1) wer ohne besondere Erlaubniß Risse von Festungen oder einzelnen Festungswerken aufnimmt oder veröffentlicht;

2) wer außerhalb seines Gewerbebetriebes heimlich oder wider das Verbot der Behörde Vorräthe von Waffen oder Schießbedarf aufsammelt;

3) wer als beurlaubter Reservist oder Wehrmann der Land- oder Seewehr ohne Erlaubniß auswandert, ebenso wer als Ersatzreservist erster Klasse auswandert, ohne von seiner bevorstehenden Auswanderung der Militärbehörde Anzeige erstattet zu haben;

4) wer ohne schriftlichen Auftrag einer Behörde, Stempel, Siegel, Stiche Platten oder andere Formen, welche zur Anfertigung von Metall- oder Papiergeld, oder von solchen Papieren, welche nach §. 149 dem Papiergelde gleich geachtet werden, oder von Stempelpapier, Stempelmarken, Stempelblanketten, Stempelabdrücken, Post- oder Telegraphenwerthzeichen, öffentlichen Bescheinigungen oder Beglaubigungen dienen können, anfertigt oder an einen Anderen als die Behörde verabfolgt;

5) wer ohne schriftlichen Auftrag einer Behörde den Abdruck der in Nr. 4 genannten Stempel, Siegel, Stiche, Platten oder Formen, oder einen Druck von Formularen zu den daselbst bezeichneten öffentlichen Papieren, Beglaubigungen oder Bescheinigungen unternimmt, oder Abdrücke an einen Anderen als die Behörde verabfolgt;

6) wer Waaren-Empfehlungskarten, Ankündigungen oder andere Drucksachen oder Abbildungen, welche in der Form oder Verzierung dem Papiergelde oder den dem Papiergelde nach §. 149 gleich geachteten Papieren ähnlich sind, anfertigt oder verbreitet, oder wer Stempel, Stiche, Platten oder andere Formen, welche zur Anfertigung von solchen Drucksachen oder Abbildungen dienen können, anfertigt;

7) wer unbefugt die Abbildung des Kaiserlichen Wappens oder von Wappen eines Bundesfürsten oder von Landeswappen gebraucht;

8) wer unbefugt eine Uniform, eine Amtskleidung, ein Amtszeichen, einen Orden oder ein Ehrenzeichen trägt, oder Titel, Würden oder Adelsprädikate annimmt, ingleichen wer sich eines ihm nicht zukommenden Namens einem zuständigen Beamten gegenüber bedient;

9) wer gesetzlichen Bestimmungen zuwider ohne Genehmigung der Staatsbehörde Aussteuer-, Sterbe- oder Wittwenkassen, Versicherungsanstalten oder andere dergleichen Gesellschaften oder Anstalten errichtet, welche bestimmt sind, gegen Zahlung eines Einkaufsgeldes oder gegen Leistung von Geldbeiträgen beim Eintritte gewisser Bedingungen oder Fristen, Zahlungen an Kapital oder Rente zu leisten;

10) wer bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Noth von der Polizeibehörde oder deren Stellvertreter zur Hülfe aufgefordert, keine Folge leistet, obgleich er der Aufforderung ohne erhebliche eigene Gefahr genügen konnte;

11) wer ungebührlicherweise ruhestörenden Lärm erregt oder wer groben Unfug verübt;

12) wer als Pfandleiher oder Rückkaufshändler bei Ausübung seines Gewerbes den darüber erlassenen Anordnungen zuwiderhandelt, insbesondere den durch Landesgesetz oder Anordnung der zuständigen Behörde bestimmten Zinsfuß überschreitet;

13) wer öffentlich oder in Aergerniß erregender Weise Thiere boshaft quält oder roh mißhandelt;

14) wer unbefugt auf einem öffentlichen Wege, einer Straße, einem öffentlichen Platze oder in einem öffentlichen Versammlungsorte Glücksspiele hält.

In den Fällen der Nummern 1, 2, 4, 5, 6 und 14 kann neben der Geldstrafe oder der Haft auf Einziehung der Risse von Festungen oder Festungswerken, der Vorräthe von Waffen oder Schießbedarf, der Stempel, Siegel, Stiche, Platten oder anderen Formen, der Abdrücke oder Abbildungen, oder der auf dem Spieltische oder in der Bank befindlichen Gelder erkannt werden, ohne Unterschied, ob sie dem Verurtheilten gehören oder nicht.

PrStGB. §§ $340^{1,2}$, 100, 340^{3-5}; PrKabO. v. 16. Okt. 1831; PrStGB. §§ 105, $340^{6,7,9}$, 349^{6} $340^{10,11}$. Btr. Nr. 1—9, 11—14: Entw. I §§ $348^{1,2}$, 122 Abs. 2, 348^{3-6}, 117, $348^{7,9-12}$, II §§ $356^{1,2}$, 138 Abs 2, $356^{3-8,10-13}$, insb. btr. Nr. 4: Entw. d. ErgänzungsG. v. 13. Mai 1891 Art. IV. Aktenst. 1890/91 Nr. 36. Btr. Nr. 10: Entw. I, II (fehlt). Aktenst. Nr. 65 II 15, 102, 124 I 1; StB. S. 468—470, 761 f. Entw. d. StGN. Art. I § $360^{3,4,7,12}$; Aktenst. 1875/76 Nr. 54; StB. S. 1005—1007. Btr. Nr. 12: Entw. eines G. btr. d. Wucher Art. II; StB. 1880 Bd. III Aktenst. Nr. 58.

Vgl. zu Nr. 3: G. btr. Aenderungen d. Wehrpflicht v. 11. Feb. 1888 § 4³; Nr. 10: StrandungsO. v. 17. Mai 1874 § 9.

Zu Nr. 1.

a) In Nr. 1 ist nicht etwa eine Vorbereitungshdlg. unter eine selbständige Strafandrohung gestellt (§ 43 N. 28b; vgl. jedoch Binding Normen 1 403 N. 22, es liege dem Verbote der Gesichtspunkt der möglichen Vorbereitungshdlg. zu Grunde); vielmehr ist lediglich dem polizeilichen Gesichtspunkte der Verhütung einer dem DR. (§ 92¹), insbs. dessen Kriegswesen (v. Liszt S. 626), drohenden Gefahr Rechnung getragen.

b) Aus dem aus der Natur der Sache sich ergebenden Zwecke der Vorschrift (a) und dem in Abschn. 6 N. 1 hervorgehobenen Prinzip des StGB. folgt, daß unter „Festungen ꝛc." nur Deutsche Festungen zu verstehen sind; so die GM.

c) Der Begriff „Risse" ist nach dem Zwecke des Verbots möglichst allgemein zu fassen, so daß jede Zeichnung darunter fällt, welche Festungen ꝛc. ihrer wirklichen Beschaffenheit nach in mehr oder weniger ausführlicher Weise darstellt, nicht also blos eine das Einzelne mit einer gewissen Genauigkeit angebende Zeichnung; ROHG. 18. Okt. 78 Entsch. 24 131.

d) Nach dem Begriffe der „Oeffentlichkeit" (§ 110 N. 5) ist ein Riß „veröffentlicht", wenn derselbe unbestimmt welchen und wievielen Personen, d. h. dem Publikum, zugänglich gemacht ist. Deshalb ist die Mittheilung eines Exemplars an einen Andern keine Veröffentlichung (Oppenh. N. 3), doch kann die Hdlg. als Landesverrath strafbar sein; Hälschner 2 1000. Da „veröffentlichen" begrifflich ein vorsätzliches Handeln bezeichnet, so fällt eine fahrl. Aufbewahrung auch dann, wenn die Folge davon öffentl. Bekanntwerden des Risses sein sollte, nicht unter den Thatbestand der Nr. 1; Rotering N. 1₂.

e) Beide Hdlgen, das „Aufnehmen" wie das „Veröffentlichen" von Rissen, sind regelmäßig verboten; nur durch „besondere Erlaubniß" wird die Rechtswidrigkeit aufgehoben und dadurch die Hdlg. zu einer straflosen; Binding Normen 1 163 N. 10 Die erforderliche Erlaubniß ist lediglich von der zuständigen Militärbehörde zu ertheilen, weshalb es auch nicht Sache des Richters sein kann, zu prüfen, ob eine Zeichnung militärische Bedeutung habe bzw. ob sie eine Gefährlichkeit involvire; cit. ROHG.

f) Beide Hdlgen (wegen „veröffentlichen" vgl. o. d.) sind zwar begrifflich vorsätzliche (Hälschner 2 1000, Rotering N. 1₁), dennoch aber wird entsprechend dem Charakter als Polizeidelikt (Abschn. 29 N. 2₂) nicht blos vorsätzliches, sondern insofern auch fahrlässiges Zuwiderhandeln bedroht, als Strafe dann eintritt, wenn der Thäter aus fahrl. Irrthum glauben sollte, die erforderliche „besondere Erlaubniß" seitens der zuständigen Behörde (e) erhalten zu haben; Rotering N. 1₃.

Zu Nr. 2.

a) In Nr. 2 ist ein reines Polizeidelikt aufgestellt sowohl zur Verhütung einer Gefährdung des Reichs ꝛc. gegen Hoch- und Landesverrath (Berner S. 668), als auch des öffentlichen Friedens (v. Liszt S. 425); vgl. Rotering N. 2₁, nach dem es um ein Ergänzungsdelikt zum § 127 sich handelt, während Binding Normen 1 403 N. 22 eine „mögliche Vorbereitungs- bzw. Versuchshdlg." in ihr erblickt.

b) „Vorräthe" von „Waffen" — und zwar im technischen S. des § 127 (das. N. 2a); so auch: RG. I 22. Nov. 88 R. 10 683 (gelegentlich), Merkel HH. 4 407, Oppenh. N. 7, Puchelt N. 2 — oder an „Schießbedarf". Nach dem Begriff des „Vorrathes" (§ 308 N. 3f) ist die Waffensammlung eines Liebhabers nicht als „Vorrath von Waffen" anzusehen; Berner S. 668, Rüd.-St. N. 2; mit Rücksicht auf das Verhältniß zum § 127 (s. o. a) erachtet Rotering N. 2₂ als „Vorrath" solche „Quantitäten, die eben auch hinreichen, eine gesammelte Mannschaft zu bewaffnen".

c) Das „Aufsammeln" (vgl. § 127 N. 2b) — ein vorsätzliches Zusammenbringen bezeichnend (Rotering N. 2₁) — kann auch schon durch einmalige Anschaffung bewirkt werden (Oppenh. N. 8), stellt sich aber in der Regel als eine sich fortsetzende Hdlg. dar (§ 73 N. 7b), welche als thatsächliche Einheit anzusehen ist; Rotering N. 2₃.

d) Die Hdlg. des Aufsammelns von Waffen ꝛc. ist wegen GewerbeO. § 1 lediglich

„außerhalb des Gewerbebetriebes" (§ 222 N. 7c) strafbar; aber auch dann nur, wenn sie geschah:

α. entweder „heimlich"

β. oder „wider das Verbot der Behörde".

Wenn es auch bei dieser Alternative um ein Strafgesetz sich handelt, das als Uebertretung eines Verbotes sich einführt, zugleich aber den Inhalt des letzteren ausdrücklich wiedergiebt (Binding Normen I 69), so liegt doch nichts desto weniger ein sog. Blankettstrafgesetz (§ 145 N. 1) vor, da das Verbot, dessen Zuwiderhdlg. mit Strafe bedroht ist, erst seitens der zuständigen Behörde (§ 114 N. 1) erlassen werden muß; Binding aO. S. 162 N. 10. Welche Behörde übrigens zuständig sei, läßt sich allgemein nicht sagen; denn außer den Polizeibehörden (die Oppenh. N. 6 als gemeint ansieht) können unter Umständen auch andere Behörden, z. B. militärische, in Betracht kommen.

e) Wenn auch die Hdlg. des „Auffammelns" selbst nothwendig vorsätzlich geschehen muß (c) und wenn auch das Requisit der „Heimlichkeit" begrifflich (vgl. § 259 N. 9) auf eine absichtliche Thätigkeit deutet (Rotering N. 2_1, es verweise auf ein „absichtliches Verbergen des staatsgefährlichen Treibens"), so daß diese Alternative trotz des Charakters als Polizeidelikt ihrem Thatbestande nach nur vorsätzlich begangen werden kann, so kann bei der zweiten Alternative die Zuwiderhdlg. gegen das behördliche Verbot auch fahrlässig geschehen; aM. Rotering N. 2_1, anscheinend auch Löning S. 35.

Zu Nr. 3.

a) Die einen Mischthatbestand enthaltende Nr. 3, welche mit § 140[2] sich gegenseitig ergänzt und mit dieser zusammen die Materie der unerlaubten Auswanderung regelt (EG. § 2 N. 4b aE.; vgl. auch Rotering N. 3_1, welcher die Nr. 3 als Ergänzungsdelikt zu § 140[1] bezeichnet) ist gegeben im polizeilichen Interesse der Verhütung einer Gefährdung des Kriegswesens (Binding Normen I 403 N. 22 betont den Gesichtspunkt einer „möglichen Vorbereitungshdlg.").

b) Subjekt ist,

α. im Falle des ersten Mischthatbestandes: ein „beurlaubter Reservist oder Wehrmann der Land- oder Seewehr", d. h. jeder, der zu den „Mannschaften" (§ 113 N. 9) der Reserve und Landwehr (RMG. § 56[1]) bzw. der Seewehr oder zu den nicht im Offizierrange stehenden Beamten, den sog. unteren Militärbeamten, derselben gehört; Meves N. 2 (der übrigens unzutreffend von „Reservisten der Land- o. Seewehr" spricht). Vergrößert wird jene Kategorie noch durch die Ersatzreservisten, da nach § 11 des G. btr. Aenderungen der Wehrpflicht v 11. Feb. 1888 „die der Ersatzreserve überwiesenen Personen" zu den „Mannschaften des Beurlaubtenstandes" gehören und allen für die letzteren gegebenen Bestimmungen unterworfen sind, insoweit nicht jenes Gesetz selbst besondere Festsetzungen trifft, was in dieser Beziehung nicht geschehen. Andererseits aber scheiden aus die Mannschaften der Land- u. Seewehr 2. Aufgebotes (§§ 4[3], 21[4] des G. v. 11. Feb. 1888; s. u. β), so daß außer den Reservisten und Ersatzreservisten als Subjekte der Uebertr. nur Mannschaften der Land- u. Seewehr 1. Aufgebots in Betracht kommen — und zwar alle nur insofern sie „beurlaubt" sind, deshalb nicht mehr „die aus dem Beurlaubtenstande zum Dienste einberufenen Mannschaften von dem Tage, zu welchem sie einberufen sind, bis zum Ablauf des Tages der Wiederentlassung"; denn diese gehören nach RMG. § 38 B 1 zum „aktiven Heere";

β. im Falle des zweiten Mischthatbestandes ein „Ersatzreservist erster Klasse"; solche giebt es nach dem G. v. 11. Feb. 1888 nicht mehr, da dasselbe in den §§ 8 ff. nur eine Kategorie der „Ersatzreserve" kennt; da aber ferner die Ersatzreservisten jetzt zu den Mannschaften des Beurlaubtenstandes gehören (α), so würde dieser zweite Mischthatbestand gegenstandslos geworden sein, wenn nicht nunmehr die zur Land- und Seewehr 2. Aufgebots gehörigen „Personen" (nicht blos Mannschaften!), wie früher die Ersatzreservisten 1. Kl., verpflichtet wären, von ihrer bevorstehenden Auswanderung der zuständigen Militärbehörde Anzeige zu machen und die Unterlassung dieser Anzeige nach § 4[3] des G. v. 11. Feb. 1888 der im § 360 StGB. angedrohten Strafe unterläge; vgl. Oppenh. N. 11.

c) Beide Fälle des Mischthatbestandes erfordern ein „Auswandern" (§ 140 N. 8), jedoch mit dem bedeutsamen Unterschiede, daß der Thäter ausgewandert sein muß:

α. im Falle des ersten Mischthatbestandes „ohne Erlaubniß"; es ist also den als Subjekten in Betracht kommenden Personen regelmäßig verboten und fällt die Rechtswidrigkeit nur weg in Folge der von der zuständigen Behörde ertheilten Erlaubniß; diese erfolgt lediglich nach dem IndigenatsG. §§ 14 f. (also auch ohne „Genehmigung" der „Militärbehörde"; arg. RMG. § 60[1]) und stellt sich demnach dar als Ertheilung der Urkunde über die Entlassung aus der Staatsangehörigkeit (Oppenh. N. 11), die — von den Zeiten eines Krieges o. einer Kriegsgefahr abgesehen (§ 17 das.) — den hier in Frage stehenden Personen nach § 15[3] das. nur verweigert werden darf, nachdem sie „zum aktiven Dienst einberufen worden sind";

β. im Falle des zweiten Mischthatbestandes „ohne von seiner bevorstehenden Auswanderung der — zuständigen (so nach § 4[3] des G. v. 11. Feb. 1888) — Militärbehörde Anzeige erstattet zu haben;" vgl. o. b β. Die zuständige „Militärbehörde" bestimmt sich nach WehrO. § 113[1] (vgl. auch das. § 111 Nr. 16b, c).

d) Was das Wesen der strafb. Hdlg. betrifft, so ist dasselbe in den beiden Fällen des Mischthatbestandes ein ganz verschiedenes.

α) Im Falle des ersten Mischthatbestandes liegt in dem „unerlaubten Auswandern", dem militärisch sog. Verziehen ins Ausland, wodurch die Staatsangehörigkeit nicht ohne Weiteres, sondern erst in Folge einer Verlustigkeitserklärung oder eines zehnjährigen ununterbrochenen Aufenthalts im Auslande verloren geht, ein dauerndes Zuwiderhandeln, indem dasselbe in der Form des Sichaufhaltens außerhalb des Bundesgebietes ohne Erlaubniß sich fortsetzt; es handelt sich somit um ein sog. Dauerdelikt, weshalb auch die Verjährung der Strafverfolgung (vgl. § 67 N. 15 I a α) nicht schon mit der Entfernung selbst beginnt, sondern erst mit der Aufgabe des Verharrens in der Pflichtverletzung, d. h. also namentl. mit der Einholung der Erlaubniß bzw. mit der Rückkehr ins Inland, aber auch mit dem Verluste der Staatsangehörigkeit, da damit die Wehrpflicht und somit auch die Heerespflicht erlischt. So: Berlin OTr. 1. Juni 72, 8. Apr. 73, 11. Sept. 74, 17. Okt. 77, St. **1** 315, **2** 363, **4** 212, **8** 306, OAG. 21. Juni 73 O. **14** 455, Meves N. 7. AM.: Binding **1** 836 N. 11, Oppenh. N. 17, Rubo N. 6, Herbst G. **22** 100, die nur die Verabsäumung einer Kontrolmaßregel für mit Strafe bedroht ansehen und deshalb die Verjährung mit der Entfernung beginnen lassen.

β) Im Falle des zweiten Mischthatbestandes dagegen besteht das strafwidrige Verhalten in der That lediglich in der Verabsäumung der Erstattung der vorgeschriebenen Anzeige; eine Fortsetzung des strafb. Verhaltens durch das Verbleiben im Ausl. kann nicht stattfinden, weil Auswandern an sich nicht verboten ist, einer Erlaubniß nicht bedarf; so Oppenh. N. 17, auch das cit. Berlin 11. Sept. 74; aM. Meves N. 8.

e) Wenn auch das „Auswandern" selbst stets ein vorsätzliches ist, so ist doch in beiden Fällen des Mischthatbestandes, dem Charakter als Polizeidelikt entsprechend (Abschn. 29 N. 2_3), auch die fahrlässige Zuwiderhdlg. insofern strafbar, als Strafe selbst dann eintritt, wenn Jemand in fahrlässigem Irthum über die erhaltene Erlaubniß oder erstattete Anzeige auswanderte; so Rotering N. 3_1; aM. Oppenh. N. 16 u. Rüd.-St. N. 4, die vorsätzl. Zuwiderhandeln verlangen, wie anscheinend auch Meves N. 6. Der Glaube, daß das Vorwissen der Behörde genüge, würde nach § 59_2 die Strafbarkeit nicht beseitigen können; Rotering N. $3_{1,2}$.

f) Wegen des Verfahrens vgl. StPO. B. VI. Abschn. 4.

Zu Nr. 4 und 5.

a) Die Nr. 4 und 5 verfolgen den polizeilichen Gesichtspunkt der Verhütung von Münz-, Stempel- und Urkundendelikten (vgl. auch § 151 N. 3), nunmehr nach Erlaß des G. v. 13. Mai 1891 (s. o. § 275 N. 1 b), welches die gleichmäßige Behandlung der Stempelwerthzeichen und der Post- u. Telegraphenwerthzeichen auch hier durchführen wollte, auch der Delikte an den letzteren Werthzeichen. Binding Normen **1** 403 N. 22 hebt den Gesichtspunkt der möglichen Vorbereitungs- bzw. Gehülfenhdlg. hervor. Findet wirklich Beihülfe

zum Münzverbrechen statt, so bleiben die subsidiären Vorschriften der Nr. 4, 5 außer Anwendung; v. Kries ZfStRW. 7 570.

b) Gleichmäßige Voraussetzung für beide Nr. bildet eine „ohne schriftlichen (§ 61 N. 26) Auftrag einer Behörde" vorgenommene Thätigkeit. Wegen „Behörde" vgl. § 114 N. 1 sowie RG. VStS. 14. Nov. 88 E. 18 246, welches die Frage aufwirft, ob nicht ein Preuß. Notar i. S. dieser Gesetzesvorschrift unter die Behörde zu rechnen sei. Angenommen ist, daß selbst die Verwaltung einer Privateisenbahn bei Abstempelung der Frachtbriefformulare unter der öffentlichen Autorität des Bundes für die Herbeiführung eines im öffentl. Interesse liegenden Zweckes thätig sei, weshalb auch die Anfertigung und der Abdruck eines Stempels, welcher zur Beglaubigung des Frachtbriefformulars einer Privateisenbahn dienen kann, unter die Nr. 4 u. 5 fällt; Berlin 15. Okt. 78 O. 19 464 (aM. Oppenh. N. 21). Die an sich verbotene Hdlg. wird erlaubt und straflos zufolge „Auftrages einer Behörde"; daß der Auftrag seitens der zuständigen Behörde ertheilt sein müsse, sagt das Gesetz nicht und ist deshalb auch kein Erforderniß; die Zuständigkeit würde für den Privaten oft schwer zu prüfen sein; so Puchelt N. 4, 5; aM.: Meves N. 12, Oppenh. N. 23.

c) In Nr. 4 wird bedroht derjenige, der „Stempel, Siegel 2c. (letzteres hier anders als im § 136 — das. N. 1 — das Werkzeug bezeichnend, mittels dessen der Abdruck eines gewissen Zeichens in einem weichen Körper erfolgt; RG. III 22. Dez. 80 R. 2 663) und andere Formen, welche zur Anfertigung von Metall- o. Papiergeld 2c. dienen können, anfertigt oder an einen Anderen als die Behörde verabfolgt", d. h. an die bestellende Behörde; auch an einen einzelnen Beamten derselben darf die Verabfolgung nur geschehen, sofern er die Behörde vertritt oder von derselben zur Abnahme ermächtigt ist; vgl. Meves N. 17. Fahrlässiges Aufbewahren, in Folge dessen die Stempel 2c. in die Hände Dritter kommen, ist kein „Verabfolgen", das vielmehr eine vorsätzliche Hdlg. bezeichnet; Rotering N. 4_1.

Ob „Stempel" 2c. zur Anfertigung von Metallgeld 2c. „dienen können", d. h. „dienlich sind" (§ 151 N. 1), bzw. welche Bedeutung etwaigen Abweichungen von den zur Herstellung von Geld bestimmten öffentl. Stempeln zukommt (vgl. § 146 N. 3), ist Thatfrage; München OLG. 2. Dez. 90 BayerE. NF. 6 293. Deshalb insbs. auch, ob Schwarzdruckplatten zur Anfertigung von Post- u. Telegraphenwerthzeichen, also fertiger Falsifikate dienen können; vgl. hierüber den Komm.Bericht Aktenst. Nr. 242 S. 1845 f.

d) Nach Nr. 5 ist strafbar das „Unternehmen des Abdrucks eines solchen Stempels 2c." sowie wiederum die Verabfolgung von Abdrücken an Unbefugte (c). Wegen „Unternehmen" (welcher Ausdruck von Sontag G. 19 305 getadelt wird) ist zu vgl. § 105 N. 2; § 82 kommt nicht zur analogen Anwendung; so auch Rotering N. 5_2 (im übrigen unklar); aM. dagegen Puchelt N. 4, 5 u. v. Schwarze N. 5, während Oppenh. N. 26 die dort gegebene Begriffsbestimmung für nicht ganz passend erachtet, da keine Hdlg. in Frage stehe, durch welche ein demnächstiger Erfolg erzielt werden solle.

e) Obgleich sämmtliche Hdlgen als solche ihrer Natur nach vorsätzliche sind, kann die Uebertr. doch auch fahrlässig begangen werden ihrer Natur als Polizeidelikt entsprechend (Abschn. 29 N. 2_2); so auch Rotering N. 4_2, 5_4, z. B. für den Fall unentschuldbaren Irrthums über das Vorhandensein eines schriftl. Auftrages bzw. dessen Tragweite; dagegen verlangt er zu Unrecht N. 4_1 das Bewußtsein, daß die Formen 2c. zu dem im Gesetze bezeichneten Zwecke geeignet seien. Auch in dieser Beziehung genügt jedoch fahrlässiger Irrthum zur Bestrafung.

Zu Nr. 6.

a) Eine polizeiliche Strafandrohung zum Schutze des Münzwesens; vgl. auch § 146 N. 4. Die einzelnen Hdlgen sind auch hier vorsätzliche (wegen „Verbreiten" vgl. § 110 N. 10ff. sowie Berlin 20. Juni 73 St. 3 42, das im Anschluß an die überwiegende M. annimmt, daß das Inverkehrbringen auch nur eines Exemplars genügen könne; ebenso Rotering N. 6_1), dennoch kann auch diese Zuwiderhdlg. insofern fahrlässig verübt werden, als der Thäter z. B. über die „Dienlichkeit" der Formen (s. o. Nr. 5c) fahrlässiger Weise sich irren kann; aM. Rotering N. $6_{2,3}$, der Thäter müsse die Aehnlichkeit bzw. Eignung

der Drucksachen bzw. Formen kennen. Dagegen ist die objektive Rechtswidrigkeit auch hier (Abschn. 29 N. 2_2) Voraussetzung für die Strafbarkeit, so daß Nr. 6 nicht anwendbar ist bei Herstellung von Abbildungen, die von berufener Seite zum Schutze des Publikums erfolgen; Puchelt N. 6, v. Schwarze N. 6 A. 6.

b) Wann die vom Gesetze erforderte „Aehnlichkeit" vorliege, untersteht wesentlich thatsächlicher Beurtheilung; dies gilt insbs. auch von „Abbildungen"; wenn aber Oppenh. N. 30 u. Rüd.-St. N. 10 bemerken, daß Abbildungen in numismatischen Werken nicht hierher gehörten, weil sie dem Papier im Format bzw. in der Gesammtgestaltung nicht ähnlich seien, so ist zu bemerken, daß einerseits die Aehnlichkeit entweder in der Form oder in der Verzierung genügt, daß ferner aber die Verfolguug eines erlaubten Zweckes an sich die Hdlg. noch nicht straflos macht; eine beiderseitige Abbildung kann hiernach, trotzdem sie in der Mitte eines ganzen Blattes eines Buches sich befindet, unter Nr. 6 fallen.

Zu Nr. 7.

a) Der „unbefugte (§ 123 N. 14) Gebrauch" (d. h. die nach Außen hervortretende Verwendung in Verfolgung bestimmter Zwecke) „einer Abbildung des Kais. Wappens rc." erscheint nicht als ein blos „polizeiliches Unrecht" (so jedoch Hälschner I 319 N. 1), sondern vielmehr als ein Eingriff in die Reservatrechte des Reichsoberhauptes rc. (Rotering N. 7_1), also als eine „Rechtsanmaßung" (Binding Normen I 332), bzw. als eine Mißachtung der Staatsgewalt i. w. S. (v. Liszt S. 587 N. 3). Deshalb ist, da das fahrl. Zuwiderhandeln nicht ausdrücklich als strafbar bezeichnet wird, nur die vorsätzliche Uebertretung strafbar (Th. I Abschn. 4 N. 4_3), so daß das Bewußtsein des Mangels der zustehenden Befugniß eine nothwendige Voraussetzung bildet; so Rotering N. 7_2, aber auch Hälschner aO.; aM. Meves N. 24.

b) Das „Kaiserliche Wappen" ist durch Nr. 2 des Allerh. Erlasses v. 3. Aug. 1871 (RGBl. 318) festgestellt; der Gebrauch und die Abbildung des Kais. Adlers in der durch jenen Erlaß festgesetzten Form ist durch Allerh. Erlaß v. 16. März 1872 „allen D. Fabrikanten zur Bezeichnung ihrer Waaren und Etiketten" gestattet, jedoch ist nach der Bekanntmachung btr. die Ausführung desselben v. 11. Apr. 1872 (RGBl. 90, 93) dabei „die Form des Wappenschildes" ausgeschlossen.

c) Ueber „Landeswappen" sind, wie die Zusammenstellung mit „Wappen eines Bundesfürsten" zweifellos ergiebt, nur Wappen Deutscher Bundesstaaten zu verstehen (vgl. auch Th. II Abschn. 6 N. 1); Rubo N. 17, Rüd.-St. N. 11, v. Schwarze N. 7. Provinzial- und Städtewappen sind nicht gemeint; so Meves N. 20 (der im übrigen die Landeswappen wohl thatsächlich zu eng begrenzt).

d) Nicht in die Augen fallende Abweichungen der Nachbildung schließen die Strafbarkeit nicht aus; Dresden OLG. 29. Okt. 91 SächsA. **13** 126, Meves N. 21, Oppenh. N. 33 b; vgl. andererseits aber Braunschweig OLG. 30. Juni 88 G. **39** 446 über die Essentialien eines Wappens.

Zu Nr. 8.

a) Ganz ähnlich wie die Uebertr. aus Nr. 7 erscheint diejenige aus Nr. 8 nicht als bloßes Polizeidelikt, sondern als Verletzung des Rechtsgutes der staatl. Autorität bzw. hinsichtlich des letzten Mischthatbestandes als ein Eingriff in die staatl. Verwaltung; so: v. Liszt S. 587 N. 3, Rotering N. 8; vgl. auch Binding Normen I 332; aM. wiederum Hälschner I 319 N. 1, anscheinend auch die Motive. Hieraus folgt, daß in Beziehung des letzten Mischthatbestandes — der Führung falschen Namens — der Eingriff in ein Privatrecht nicht vorzuliegen, der geführte falsche Name sonach nicht zu existiren braucht (Oppenh. N. 56, Rotering N. 8), andererseits aber, daß die Materie der strafb. Führung eines falschen Namens keineswegs vollständig geregelt ist und somit weitergehende landesgesetzl. Bestimmungen noch in Kraft sind; Rotering aO. und speziell btr. der PrKabO. v. 15. Apr. 1822 wegen unbefugter Abänderung des Familien- o. Geschlechtsnamens Berlin KG. 27. Sept. 88 G. **37** 306.

b) „Unbefugtes (§ 123 N. 4) Tragen einer Uniform rc." liegt beim Verstoß gegen Vorschriften des inneren Dienstes nicht vor; Oppenh. N. 42. Im übrigen schützt die Vorschrift nach allg. Redaktionsmethode des StGB. (vgl. Th. II Abschn. 6 N. 1) nur in-

ländische Einrichtungen, so daß das unbefugte Tragen einer ausl. Uniform nicht strafbar, wohl aber das unbefugte Tragen eines ausl. Ordens, weil zur Anlegung eines solchen die landesherrliche Genehmigung erforderlich; Oppenh. N. 38, Rotering N. 8, während Rüd.-St. N. 13 u. v. Schwarze N. 8 den Unterschied zwischen inl. und ausl. Uniformen überhaupt verwerfen.

α) Wann Jemand „eine Uniform o. ein Amtskleid trage", ist wesentlich thatsächlich zu entscheiden (v. Schwarze N. 8 A. 7), doch wird der Gesichtspunkt maßgebend sein müssen, ob es den Anschein hat, daß der Tragende im Ganzen uniformirt sei; Oppenh. N. 43. Das Tragen eines einzelnen Uniformstückes, z. B. einer Dienstmütze, kann als Tragen eines Amtszeichens sich darstellen. Die Tracht des Geistlichen fällt, entsprechend dem § 359 (das. N. 15 b I β), nicht unter den Begriff der „Amtskleidung"; Oppenh. N. 41.

β) Zu den „Ehrenzeichen" gehört die im § 34[1] (das. N. 2) erwähnte „Landeskokarde" nicht. Jedoch gelten etwaige landesgesetzl. Bestimmungen, welche das unbefugte Tragen derselben bei Strafe verbieten, so die PrKabO. v. 13. Okt. 1824 Nr. 7, wonach das unbefugte Tagen der „Nationalkokarde" wie das unbefugte Tragen von Orden &c. bestraft werden soll; Oppenh. N. 46.

c) Wegen „unbefugter Annahme von Titeln &c." vgl. im allgemeinen o. zu b sowie § 33 N. 7. Das „Annehmen" setzt voraus, daß Jemand ernstlich den Titel sich beilegt; v. Schwarze N. 8. Ein „unbefugtes Annehmen" eines Titels &c. wurde von Berlin 29. Nov. 77 St. 8 307 mit Recht in einem Falle verneint, wo Jemand einen Doktortitel führte, der ihm von einer zur Verleihung berechtigten ausl. Universität, jedoch ohne Beachtung der vorgeschriebenen Bedingungen verliehen war. Bedenklich erscheint dagegen Dresden OLG. 12. Jan. 91 SächsA. 12 404, das Nr. 8 in einem Falle anwendete, wo Jemand den Doktortitel unbeschränkt anwendete, während ihm die Würde von einer ausl. Fakultät nur beschränkt als Dr. of dental surgery verliehen war. Es findet aber stets eine beschränkte Verleihung statt.

α) „Titel" bezeichnet eine durch höhere Verleihung zu erwerbende mit Rangstellung verbundene Benennung; so die GM. insbs.: Jena Mai 74 St. 4 213, („Lehrer" sei kein Titel), Naumburg OLG. 24. Apr. 80, Berlin KG. 20. Jan. 90, G. 37 447; aM. RG. III 28. Jan. 84 R. 9 318, insofern es auch die „vom Staatsoberhaupte einer Privat- o. Amtsperson zur Anerkennung bestimmter Verdienste o. zu sonstiger Ehrung verliehene, von einem Amte unabhängige Charakterbezeichnung" als „Titel" i. S. der Nr. 8 ansieht, während die citt. Entsch. Naumburg und Berlin „Hoflieferant" als auf gewerbliche Thätigkeit bezüglich nicht als Titel erachten. Auf geistliche Stellungen kann „Titel" auch angewendet werden; Berlin 14. Feb. 77 O. 18 126 (aM. Oppenh. N. 47), das im übrigen mit Recht Titel u. Amt nicht für nothwendig verbunden erachtet, wie sich namentl. nach der Amtsniederlegung zeige.

β) Unter „Würde" versteht das cit. Jena „ein den Anspruch auf bevorzugte Ehrenerweisung gewährendes Amt" (?); jedenfalls verneinte es mit Recht, daß „Lehrer" eine Würde sei.

d) Der letzte Mischthatbestand stellt den einzigen Fall der strafb. unbeeidigten falschen Aussage vor einer Behörde dar (Th. II Abschn. 9 N. 2); Binding I 317 N. 3. Vgl. übrigens §§ 108 N. 2a, 169 N. 2[2].

α) Das im öffentlich-rechtlichen Interesse gegebene Verbot (a), dessen Strafbarkeit somit durch die Gestattung der Führung des Namens seitens des Namensträgers nicht aufgehoben werden kann (Oppenh. N. 56), beschränkt sich nicht nur auf den Familiennamen; so: Oppenh. N. 58, Rotering N. 8; aM. v. Schwarze N. 7, der die Führung eines falschen Vornamens nur unter besonderen Umständen für strafbar erachtet; vgl. auch RG. III 4. Juni 91 E. 22 60. Dagegen wird der richtige Name nicht dadurch zu einem „nicht zukommenden," daß ihm falsche Bezeichnungen, z. B. bezüglich des Standes o. Wohnortes des Namensträgers, oder unrichtige Elternnamen beigefügt werden; so cit. RG. 4. Juni 91; aM. Jena Mai 74 St. 4 213, welches Oppenh. N. 62a billigt, Rüd.-St. N. 14 aber als zu weit gehend bezeichnet.

β) Jemand „bedient sich" eines falschen Namens, wenn er den Glauben erwecken

will, er selbst führe den Namen; Oppenh. N. 57. Bei der Urkfälschung (§ 267) geht das Bestreben gerade dahin, glauben zu machen, das Schriftstück rühre von einem Anderen als dem dasselbe Gebrauchenden her. Bejaht wurde das Thatbestandsmerkmal bei Erstattung einer Anzeige wegen einer strafb. Hdlg. unter falschem Namen; **RG.** I 6. Juli 85 **R.** 7 469.

γ) Der Gebrauch des falschen Namens muß stattgefunden haben „einem zuständigen Beamten gegenüber." „Beamter" ist i. S. des § 359 zu verstehen; gerade deshalb (vgl. das. N. 8 a) konnte auch ein Rondeoffizier, der durch die Kommandirung zum Wachtdienst mit Wahrnehmung staatlicher Polizeigewalt betraut war, als „Beamter" nach Nr. 8 angesehen werden; Celle OLG. 24. Jan. 89 **G.** 37 215. „Zuständiger Beamter" ist derjenige, dem im einzelnen Falle (vgl. § 110 N. 20) ein Recht auf Erforschung des Namens zukommt; so die Motive und im Anschluß an dieselben **RG.** III 10. Apr. 80, 9. Feb. 88, **R.** 1 562, **E.** 17 224. In der Praxis ist demgemäß die „Zuständigkeit" des Beamten:

I. bejaht btr. eines Bahnwärters in Ausübung der Bahnpolizei (vgl. BetriebsO. v. 5. Juli 1892 § 66 [5]); cit. **RG.** 10. Apr. 80; btr. eines BayerBezirksamtmannes, dem eine Denuntiation zu Protokoll gegeben wird; **RG.** I 6. Juli 85 **R.** 7 469; btr. eines Rondeoffiziers, der die Persönlichkeit einer nach der Wachinstruktion festgenommenen Person festzustellen beabsichtigt; cit. Celle OLG.;

II. verneint btr. des eine Depesche annehmenden Telegraphenbeamten gegenüber dem Ueberbringer derselben; bzw. btr. eines Briefträgers bei der Bestellung von Postsachen gegenüber den daran betheiligten Personen; **RG.** III 15. Mai 80, 9. Feb. 88, **R.** 1 793, 10 123.

e) Da die verschiedenen Uebertretungen aus Nr. 8 nicht als Polizeidelikte sich darstellen (a), so sind nur vorsätzliche Zuwiderhdlgen als mit Strafe bedroht anzusehen (Th. I Abschn. 4 N. 4_2); Fahrlässigkeit, die z. B. in einem unentschuldbaren Irrthum über die Berechtigung zum Tragen der Uniform, der Führung des Namens bestehen kann, fällt nicht unter das Gesetz; München OLG. 20. Dez. 83 BayerE. NF. 2 544, Cassel OLG. 24. Jan., Posen OLG. 13. Juni 91, **G.** 39 173 (btr. Annahme des Adelsprädikates bzw. Führung des Titels „Pfarrer"), Rotering N. 8 und selbst Hälschner 1 319 N. 1. Demgemäß findet, z. B. bei Nichtkenntniß der Beamteneigenschaft, ev. § 59, Anwendung; **RG.** III 10. Apr. 80 **R.** 1 565.

Der hiernach erforderliche Dolus fehlt somit, wenn dem Handelnden das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nicht beiwohnt (§ 59 N. 30); das kann z. B. vorliegen, wenn Jemand eine ihm nicht zustehende Uniform etwa im geschlossenen Kreise zum Scherz anlegt (vgl. Oppenh. N. 34, der hier das Moment des „Unbefugten" vermißt); ferner wenn z. B. ein Künstler seinen angenommenen Künstlernamen, unter dem er allein bekannt ist, einem ihn arretirenden Beamten angiebt.

f) Wenn auch der Thatbestand durch ein einmaliges Anlegen einer Uniform, bzw. einmalige Angabe eines falschen Namens verübt werden kann, so deuten doch gerade die gewählten Ausdrücke („tragen", „annehmen", „führen") darauf hin, daß regelmäßig eine fortgesetzte Thätigkeit unter der Kollektivbezeichnung begriffen werde, so daß der Fall der Realkonk. meist ausgeschlossen ist (§ 73 N. 7 b); aM. Oppenh. N. 40, jede Einzelhdlg. stelle eine selbständige Uebertr. dar.

Zu Nr. 9.

a) Die Nr. 9 ist ein wahres Blankettstrafgesetz (§ 145 N. 1), wenn auch der Inhalt des Verbotes ausdrücklich angegeben ist; Binding Normen 1 69_{20}, 162_{10}. Aus einem rein polizeilichen Gesichtspunkte (Binding aO. S. 403_{22} sieht eine „mögliche Vorbereitungshdlg." zum Betruge als bedroht an) wird die Errichtung von Aussteuer- 2c. Kassen, wenn sie „gesetzlichen Bestimmungen zuwider" ohne Genehmigung der — nach dem Landesgesetze zuständigen — Staatsbehörde erfolgt, mit Strafe bedroht. Demnach ist nicht etwa die „staatliche Genehmigung" ein allgemein aufgestelltes Erforderniß (so jedoch Berlin 19. März 73 O. 14 207), sondern es muß vielmehr — in Ermangelung reichsgesetzlicher — eine landesgesetzliche (§ 2 N. 6) Bestimmung erlassen sein, welche die Errichtung solcher Kassen 2c. von der Genehmigung der Staatsbehörde abhängig macht (vgl. die Motive); Berner S. 671,

Oppenh. N. 66. Durch die Reichsgesetzgebung (vgl. GewerbeO. §§ 6, 140_2 sowie — altes — AktienG. v. 11. Juni 1870 § 3) ist die Landesgesetzgebung nicht alterirt.

b) Außer „Aussteuer-, Sterbe- oder Wittwenkassen" nennt die Nr. 9 „Versicherungsanstalten oder andere dergleichen Anstalten o. Gesellschaften", welche — und zwar bezieht der Relativsatz sich auch auf Versicherungsanstalten (Berlin KG. 2. Mai 89 Jahrb. **9** 299) — bestimmt sind, „gegen Zahlung eines Einkaufsgeldes o. gegen Leistung von Geldbeiträgen" unter gewissen Voraussetzungen Zahlungen zu leisten. Demgemäß findet das Gesetz nicht Anwendung, wenn die Gesellschaft o. Anstalt statt „Einzahlungen" zu fordern, auf Wohlthätigkeit beruht, oder wenn sie statt „Auszahlungen" zu machen, sachliche o. persönliche Unterstützungen spendet; so Berner S. 671; dementsprechend verneinte das cit. Berlin KG. die Anwendung der Nr. 9 auf einen „Medizinalverband von Gewerbevereinsmitgliedern", welcher außer unentgeltlicher ärztlicher Behandlung freie Medizin u. bei Behandlung in einem Krankenhause eine Pauschalentschädigung für Auslagen an Medizinkosten gewährte. Auf die Einklagbarkeit der Gegenleistung der Anstalt ist ein entscheidendes Gewicht nicht zu legen; Königsberg OLG. 19. Dez. 89 G. **37** 448, Berlin KG. 11. Dez. 90 Jahrb. **11** 199. Auch erscheint es gleichgültig, ob die betreffende Anstalt auf Gegenseitigkeit beruht o. ob sie Erwerbszwecken dient; cit. Berlin 19. März 73, Berner S. 671, F. Meyer N. 9, Oppenh. N. 68, Rüd.-St. N. 16.

Sparkassen fallen nicht unter Nr. 9, weil sie nicht den Charakter von Versicherungsanstalten tragen, sondern nur eingezahlte Kapitalien verzinsen und zurückzahlen; Berner S. 671, v. Kirchmann N. 9, Oppenh. N. 69.

c) Mit Strafe bedroht wird die Errichtung der bezeichneten Anstalten ꝛc.; mit derselben ist die That vollendet, so daß in der Fortführung der errichteten Anstalt eine Fortsetzung der Strafthat nicht gesehen werden kann; Berner S. 671, Oppenh. N. 70a.

d) Muß auch die „Errichtung der Anstalt ꝛc." (c) vorsätzlich geschehen, so ist doch auch die fahrlässige Zuwiderhdlg. aus Nr. 9 strafbar, so z. B. bei Nichtkennen des die Genehmigung erfordernden Gesetzes bzw. bei Irrthum über die erfolgte Ertheilung der Genehmigung; Rotering N. 9.

Zu Nr. 10.

a) Es handelt sich um die Zuwiderhdlg. gegen das Gebot der Hülfeleistung und somit um ein echtes Unterlassungsdelikt (Rotering N. 10, Aldosser Unterlassungsdel. S. 132, Sturm Unterlassungsdel. S. 417, Seligsohn G. **28** 220, Landsberg Kommissivdel. S. 218), das übrigens auch durch eine Handlung, z. B. durch Entfernung vom Orte der Gefahr, verübt werden kann (§ 1 N. 3b).

b) Das Gebot der Nr. 10 tritt erst in Kraft, nachdem seitens der „Polizeibehörde oder deren Stellvertreter" zur Hülfeleistung aufgefordert ist. Diese „Aufforderung" hat wiederum das Vorliegen „eines Unglücksfalles oder gemeiner Gefahr (§ 312 N. 4) oder Noth" zur objektiven Voraussetzung; Rotering N. 10_3. Lag diese in Wahrheit, was der Richter nachzuprüfen hat (so München OGH. 29. März 73 BayerE. **3** 132, OLG. 27. Juni 91 BayerE. NF. **6** 479, dieses beim Auftreten d. Nonnenschmetterlings die gem. G. bejahend; aM. Schaper HH. **3** 870, der eine Präsumtion dafür als vorliegend annimmt) nicht vor, so ist das trotzdem erlassene Gebot ohne strafrechtliche Wirkung.

c) Die „Aufforderung" muß seitens eines örtlich zuständigen Polizeibeamten ergehen, d. h. seitens desjenigen, dessen Bezirk durch den Unglücksfall ꝛc. betroffen wird; das kann unter Umständen auch ein anderer Bezirk sein, als in welchem der Unglücksfall sich zutrug, sofern nur durch die örtliche Lage die Gefahr für beide Bezirke eine gemeinsame war; cit. München 29. März 73. Sie verbindet dann aber einen Jeden, an den sie sich persönlich richtet (Blum N. 8, Oppenh. N. 74, v. Schwarze N. 10, Rotering N. 10_4), nicht etwa blos die Einwohner des Bezirkes; Posen OLG. 14. Dez. 89 G. **37** 449. Die Verpflichtung zur Hülfeleistung ist, was schon die Natur der Sache ergiebt (b), eine sofortige, deshalb der Thatbestand ev. schon durch die Unterlassung der Hülfe nach einer Aufforderung erfüllt; das cit. Posen.

d) Darüber, ob in der That Hülfe nothwendig war bzw. seitens des Aufgeforderten

geleistet werden konnte, hat allein der Vertreter der Polizeibehörde zu befinden; weder der Aufgeforderte kann seine abweichende Ansicht entgegensetzen, noch der Richter die Frage nachprüfen. So die GM., insbs. cit. München 29. März 73.

e) Das Gebot ist nur ein bedingtes (Binding Normen I 126), nämlich für den Fall, daß der Aufgeforderte „der Aufforderung ohne erhebliche eigene Gefahr genügen konnte." Die „eigene Gefahr" ist nicht identisch mit „Gefahr für Leib o. Leben" i. S. des § 52, bezeichnet vielmehr jede den Aufgeforderten, also auch nur in seinem Vermögen, bedrohende „Gefahr"; Binding I 773, Schaper HH. **3** 870, Oppenh. N. 75a, Rotering N. 10_2. Für die „Erheblichkeit" der Gefahr bildet die Wahrscheinlichkeit ihres Eintrittes den Maßstab; von einer „erheblichen Gefahr" wird man nur sprechen können, wenn sie in höherem Grade wahrscheinlich ist (§ 52 N. 7); vgl. jedoch Rotering G. **31** 263, der als „erhebliche Gefahr" eine solche ansieht, die ganz allgemein jeden vernünftigen Polizeibeamten veranlassen würde, von der Hülfeforderung abzusehen, weil der Entschuldigungsgrund ein dringender sei.

f) Da es um eine Bedingung des Gebotes sich handelt, so muß dem Angekl. der Nachweis erbracht werden, daß er der Aufforderung Folge leisten konnte ohne erhebliche eigene Gefahr; es handelt sich um ein — negatives — Thatbestandsmerkmal, nicht um einen strafausschl. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 266.

g) Bei der polizeilichen Natur des Unterlassungsdeliktes (a; vgl. § 139 N. 12) ist auch die fahrlässige Uebertretung strafbar, die insbs. vorliegen kann bei irrthümlicher Ueberschätzung der Erheblichkeit der eigenen Gefahr; Rotering N. 10_1.

h) Durch die Nr. 10 werden nicht berührt:

α. Vorschriften, welche für den Fall eines eintretenden Unglücksfalles, z. B. bei Feuersgefahr, gewisse Personen allgemein zur Dienstleistung verpflichten; einer trotzdem unter der Voraussetzung der Nr. 10 speziell erlassenen Aufforderung ist Folge zu leisten; München 29. März 73 BayerE. **3** 132, Oppenh. N. 77, 80, v. Schwarze N. 10 A. 4; aM. wohl Rotering N. 10_8;

β. Vorschriften, welche bei gewissen Gefahren, z. B. bei Wassersgefahr, bestimmte Personen, z. B. Interessenten eines Deichverbandes, zu gewissen Leistungen verpflichten; Berlin 31. Jan. 77 O. **18** 89, Oppenh. N. 79.

Zu Nr. 11.

a) Beide Mischthatbestände der Nr. 11 betreffen Verletzungen oder Gefährdungen der öffentlichen Ordnung (Frank G. **34** 149); sie sind deshalb nicht bloße Polizeidelikte (aM. Wolfenbüttel 18. Okt. 73 St. **3** 307), so daß, da das Gegentheil nicht erhellt (Th. I Absch. 4 N. 4_2), lediglich vorsätzliche Zuwiderhdlg. strafbar ist, nicht auch fahrlässiges Handeln, was nicht nur durch die Entstehungsgeschichte der Nr. 11 bzw. des mit derselben fast ganz gleichglautenden § 340[9] PrStGB. (vgl. Frank G. **34** 145 ff.), sondern auch durch die Wortfassung in Verbindung mit dem Sprachgebrauche bestätigt wird; Dresden 22. März 78 St. 8 308, Rüd.-St. N. 22, Rotering N. 11_1, auch Frank aO. S. 149 f. Eben aus der Entstehungsgeschichte ergiebt sich der gleichartige Charakter beider Mischthatbestände (v. Lilienthal HRl. „Unfug", Frank aO. u. G. **36** 268) so daß deshalb dieselben auch leicht in einander überfließen; Rotering N. 11_{10}.

b) Aus der Entstehungsgeschichte ergiebt sich endlich, daß nur derjenige einer Verletzung der Nr. 11 sich schuldig machen kann, wer das Publikum als solches (§ 184 N. 5) im Gegensatze zu einzelnen Personen und individuell begrenzten Personenkreisen gefährdet oder belästigt; so die GM., insbs. mit Recht für beide Mischthatbestände u. speziell btr. der Erregung ruhest. Lärms **RG.** I 22. Feb. 86 E. **13** 366 sowie btr. des groben Unfugs: **RG.** I 27. Apr. 80, 24. März 92, II 17. Mai 87, E. **1** 400, **22** 423, **16** 98 (die Angehörigen der Mannschaften und Offiziere eines größeren Truppentheiles seien dem Begriffe „Publikum" zu unterstellen), 27. Sept. 87 R. **9** 471, München 8. Apr. 73, 18. Jan., 27. Nov. 75, Dresden 13. Nov. 76, St. **2** 300, **4** 265, **6** 65, **7** 205, Cassel OLG. 11. Juli 91 G. **39** 179 (Belästigung der „Judenschaft im allg." als solche des Publikums). Vgl. jedoch Gillischewski G. **39** 130 ff. Unter jener Voraussetzung ist auch das Boykottiren als grober Unf. zu erachten; Dresden OLG. 21. Apr., 22. Mai 90, SächsA. **11** 317, 416 (s. u. e_{73}).

Das Erforderniß des auf das Publikum gerichteten Angriffes schließt nicht aus,

α. im Falle der ersten Alternative, daß im konkreten Falle lediglich die Ruhe von Personen gestört wurde, welche in einem besonderen abgegrenzten Raume o. Gebäude sich befanden; denn die möglicher Weise sehr zahlreichen Einwohner eines Hauses können einem Dritten gegenüber, der mit ihm in keiner Beziehung steht, sie also vielleicht weder ihrer Zahl, noch ihrer Individualität nach kennt, unter Umständen auch als Theil des Publikums angesehen werden; so RG. I 22. Feb. 86 (s. o.), IV 21. Mai 89 G. 37 197; vgl. hiergegen jedoch Meves das. S. 199 N. 17b sowie Berner S. 675 (beschränke die Belästigung sich auf Bewohner desselben Hauses, so liege eine Verletzung der Hausordnung vor). Noch mehr wird man unter Umständen die Beunruhigung der Nachbarschaft eines Hauses für ausreichend erachten können; Berlin KG. 19. Feb. 83 Jahrb. 3 372, Braunschweig OLG. 19. Jan. 89 G. 37 215; aM. wiederum Meves aO.;

β. im Falle der zweiten Alternative, daß der grobe Unfug in Hdlgen gefunden wurde, durch welche zunächst und unmittelbar Einzelne angegriffen werden, wie z. B. in einem Angriffe gegen einen Einzelnen auf offener Straße, an deren Sicherheit das Publikum überhaupt interessirt ist; RG. III 26. Nov. 81 E. 5 299; ähnlich Dresden 16. Nov. 74 St. 5 173.

c) Der Ort, wo die betreffenden Hdlgen verübt werden, ist an sich gleichgültig; er braucht insbs. kein öffentlicher (§ 110 N. 5) zu sein, wenn nur die Wirkung der Hdlg. das „Publikum" in dem zu b gedachten S. berührt; Berner S. 675; vgl. jedoch Gillschewski G. 39 130, die Wirkung müsse über einen „öffentl. Ort" sich erstrecken. So kann namentl. grober Unfug dann in einem geschlossenen Raume verübt werden, wenn letzterer nicht blos einem geschlossenen Personenkreise, sondern — wenn auch nur unter gewissen allgemeinen Bedingungen — Jedermann zugänglich ist und ebendeshalb ein „Publikum" daselbst sich versammelt; so: RG. III 10. Mai 82 R. 4 458, München 27. Okt. 76 St. 7 206 (U. in einem Wirthshause, wo eine Gesellschaft zu öffentl. Tanzbelustigung versammelt war), München 8. Apr. 73 St. 2 300 (U. in einem von mehreren Familien bewohnten Hause), München 13. Aug. 75 BayerE. 5 339 (U. in einem Lokale, wo eine öffentl. Versammlung einer polit. Partei abgehalten wurde), Dresden 16. Juli 75 St. 6 61 (U. in einem Schulgebäude, wo die Jugend zum Schulunterricht versammelt war).

d) Speziell die erste Alternative betreffend.

α) Der „Lärm" muß ein „ruhestörender" sein, d. h. es muß nach dem zu b Bemerkten die Ruhe des Publikums thatsächlich gestört sein; aM. Berner S. 674, es genüge für beide Mischthatbestände (s. u. eγ) eine gg. die öffentl. Ordnung gerichtete Hdlg., die vermöge ihrer Natur geeignet sei, das Publikum zu belästigen o. zu stören; die wirklich eingetretene Belästigung ꝛc. sei nur für den Beweis wie für das Strafmaß von Werth. Hiernach braucht es einerseits sich nicht zu handeln um nächtliche Ruhestörung. Andererseits fällt nicht jede Störung der Nachtruhe hierhin; so: Berlin 7. Mai 74 O. 15 297, v. Liszt S. 638, Rotering N. 11_{10}; aM. Berner S. 674. Im konkreten Falle erachtete übrigens das cit. Berlin den Nachts auf der Chaussee vor einem geschlossenen Schlagbaum erregten Lärm für unter Nr. 11 fallend, weil eine dem öffentl. Verkehr übergebene Chaussee fortwährend vom Publikum benutzt werde.

β) Die „Erregung" (§ 167 N. 4) ruhestörenden Lärms bezeichnet nichts als die vorsätzliche „Verübung" (s. u. e δ), d. h. Verursachung eines solchen; München 20. Apr. 74 St. 4 71, Berlin 20. Apr., 14. Juni 76, St. 6 66, O. 17 416; vgl. jedoch u. d. Keineswegs erfordert aber jener Ausdruck, daß der ruhest. L. durch den Thäter erst erzeugt sein müsse, vielmehr liegt die Erregung ruhest. L. zweifellos auch dann vor, wenn der Thäter einen von einem Anderen begonnenen ruhest. L. seinerseits vermehrte. Darauf, ob die Erregung unmittelbar o. mittelbar geschieht, kommt nichts an, ebensowenig, ob die nur mittelbare Erregung durch leblose Instrumente oder durch lebende Wesen, insbs. Hunde, erfolgt; so die drei citt. Entsch. Daß eine reine Unterlassung nicht ausreichen kann, ergiebt aus dem Vorstehenden sich von selbst; doch kann das Kommissivdelikt nach allg. Grundsätzen (§ 1 N. 3α) durch Unterlassung begangen werden, so z. B. durch Unterlassung der Abhaltung der Hunde, für welche man verantwortlich ist, vom Bellen; cit. München 20. Apr. 74, Rotering

N. 11_{10}, v. Schwarze N. 11 (der jedoch A. 5 mit Recht hervorhebt, daß fahrlässige Unterlassungen nicht hinreichen).

γ) Die Erregung ruhest. L. muß „ungebührlicherweise" erfolgen; das ist nicht gleichbedeutend mit „unbefugt" (Rotering N. 11_4), sondern bezeichnet auch die das Publikum unnöthig belästigenden Ueberschreitungen einer zustehenden Befugniß; so auch im wesentlichen Jena OLG. 20. März 88 G. 37 216 N. 6, ungebührlich sei nicht blos das behördlich Verbotene, sondern jede menschliche Thätigkeit, welche mit der bestehenden durch das friedliche Zusammenleben der Menschen gebotenen öffentl. Ordnung unverträglich sei. Dementsprechend erachtete auch Berlin 23. Juni 71 O. 12 343 die Erregg. von Lärm durch Aufstellung einer im Gewerbe gebrauchten Maschine deshalb nach PrALR. I 8 § 27 für „ungebührlich", weil die Einrichtung nur getroffen war, um die Ruhe der Nachbarn zu stören (während Hamburg OLG. 6. Nov. 90 G. 39 175 die Ungebührlichkt. eines durch nächtliche gewerbl. Arbeiten veranlaßten ruhest. L. verneinte, weil der Gewerbtreibende durch bes. Umst. — Verpflichtg. z. Zahlung von Konventionalstr. — zur Nachtarbeit genöthigt war); auf ähnlichem Gedanken beruht Berlin KG. 19. Feb. 83 Jahrb. 3 372, die poliz. Konzession zur Abhaltung von Tanzmusik verleihe dem Betreffenden keineswegs die Befugniß, ohne Rücksicht auf den Anspruch der Nachbarn auf Ruhe, namentl. zur Nachtzeit, und mit Hintansetzung der gewöhnlichsten Vorsichtsmaßregeln ruhest. L. durch Musik zu erregen. Dagegen fehlte geradezu die Befugniß zur Vornahme des ruhest. L. in einem Falle, wo dem Betreffenden auf Grund d. GewerbeO. § 27 der Gewerbebetrieb untersagt war; Braunschweig OLG. 19. Jan 89 G. 37 215.

δ) Die Hdlg. ist ihrem vollen Umfange nach eine vorsätzliche (s. o. a u. d β); folglich muß der Thäter auch die Ruhe stören wollen, mindestens aber sich bewußt sein, daß durch seine vorsätzl. Hdlgen die Ruhe gestört werde; aM. jedoch Frank G. 34 150, der das Bewußtsein von dem Eintritt der Ruhestörung nicht für erforderlich hält. Außer der Vorsätzlichkeit in jenem S. ist ferner das Bewußtsein der vorliegenden „Ungebühr" nothwendig; das geht nach dem o. zu γ Bemerkten weiter als das Bewußtsein, daß die Vornahme des Lärmes „rechtswidrig" sei; so Rotering N. 11_3, während Frank aO. annimmt, daß durch das Wort „ungebührlicherweise" die Nothwendigkeit des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit hervorgehoben werde.

ε) Wiederholte Erregung ruhest. L. wird, je nach der Lage des Falles als eine fortgesetzte Hdlg. (§ 73 N. 6) oder als eine Mehrheit selbständiger Hdlgen (§ 74) anzusehen sein; Braunschweig OLG. 19. Jan. 89 G. 37 215.

e) Speziell die zweite Alternative btr. (vgl. Hacke D. grobe Unfug Leipzig 1892).

α) Der „Unfug" (vgl. § 166 N. 18) muß ein „grober" sein; dadurch erhält jenes Erforderniß eine nähere Beschreibung nur dem Maaße nach; wann derselbe so erheblich sei, daß er als „grober" bezeichnet werden kann, unterliegt lediglich thatsächlicher Beurtheilung; bedenklich erscheint hiernach (vgl. v. Bar GS. 40 435) RG. III 10. Mai 82 R. 4 458, das annahm, gr. U. könne stattfinden, auch wenn er in Folge eines durch Gewohnheit verbildeten Urtheils als solcher nicht empfunden werde; mit Recht verneinte dagegen Berlin 14. Juni 76 O. 17 416, daß jede an einem öffentl. Orte (N. c) verübte Mißhdlg. ohne weiteres als gr. U. sich darstelle, während er andererseits in einer auf öffentl. Wege vorgenommenen, gegen Sitte und Anstand verstoßenden Hdlg. von RG. II 30. Okt. 82 E. 7 168 gefunden werden konnte, desgl. unter Umständen in dem Spielen mit dem sog. cri-cri auf der Straße; Dresden 13. Nov. 76 St. 7 205. Obschon Rubo N. 22 bemerkt, daß der Ausdruck „gr. U." gerade wegen seiner „Unbestimmtheit" Aufnahme gefunden habe, so erhellt doch, daß eine nähere Bestimmung des Begriffs gefunden werden muß, weil sonst eine Anwendungsmöglichkeit für die Strafvorschrift der Nr. 11 sich ergeben würde, die mit dem im § 2 (das. N. 3_2) anerkannten Grundsatze nullum crimen sine lege in Wahrheit kollidiren würde (Berner S. 673, v. Bar GS. 40 431); denn es würde Nr. 11 ohne eine nähere Beschreibung des Begriffes geradezu die Bedeutung einer allgemeinen subsidiären Strafvorschrift gewinnen, eine Absicht, die dem Gesetzgeber nicht untergeschoben werden darf; H. Meyer S. 1020, Frank G. 36 271; so auch RG. III 3. Juni 89 E. 19 294 sowie Dresden 22. März 78 St. 8 308, der Zweck der Vorschrift dürfe nicht darin gesucht werden, da sie überall da

Aushülfe gewähren solle, wo eine mit der öffentl. Ordnung nicht verträgliche Erscheinung in irgend einem Kausalzusammenhang mit menschlicher Thätigkeit gebracht werden könne, ohne daß ein spezieller Thatbestand einer strafb. Hdlg. sich konstruiren lasse; dies Bedenken mache namentl. da sich geltend, wo der Gesetzgeber gewisse Kategorieen polizeil. Ungebührnisse schon durch spezielle Strafbestimmungen getroffen habe; vgl. darüber auch Meves G. **37** 199 N. 17a.

β) Die nähere Begrenzung des Begriffes „gr. U." ergiebt sich einmal aus der Zusammenstellung mit der „Erregg. ruhest. L." (o. d); diese deutet auf eine gewisse Gleichartigkeit hin (o. a), da der Gesetzgeber, der im übrigen im 360 vierzehn Nr. unterscheidet, nicht absolut Fremdes in Einer Nr. vereinigt haben würde; so auch RG. III 3. Juni 89 E. **19** 294. Unzulässig erscheint es (so auch Frank G. **36** 268) mit Berlin 16. Juli 73 O. **14** 507 aus der Einschaltung des zweiten „wer", was im PrStGB. § 340⁹ sich nicht fand, zu folgern, daß dadurch die zweite Alternative deutlicher von der ersteren habe unterschieden werden sollen; denn es handelt sich nur um eine — im Entw. I noch nicht enthaltene — redaktionelle Aenderung, durch welche wohl nur auch stilistisch zum Ausdruck gebracht werden sollte, was sachlich ohnehin klar, daß nämlich das „ungebührlicherweise" auf die zweite Alternative sich nicht mit beziehe, umgekehrt wie in Nr. 8 — abweichend vom PrStGB. § 105 — das zweite „wer unbefugt" gestrichen wurde, weil „unbefugt" materiell auf die beiden ersten Alternativen zu beziehen und deshalb das zweite „wer unbefugt" stilistisch überflüssig war. Ferner aber bestätigt auch die Entstehungsgeschichte (s. o. a) die innere Zusammengehörigkeit.

γ) Die hiernach nothwendige Beschränkung des Begriffes erfordert Hdlgen, die gegen den äußeren Bestand der öffentl. Ordnung sich richten; RG. III 3. Juni 89 E. **19** 294. Daß die letztere gestört worden sei, wird durch das Gesetz nicht erfordert; es genügt vielmehr, wenn die Hdlg. zu einer Störung geeignet ist, also das Publikum (N. b) nur gefährdet, nicht nothwendig belästigt; so die GM., insbs. RG. I 27. Apr. 80, III 26. Nov. 81, E. **1** 400, **5** 299, III 10. Mai 82, II 17. Mai 87, R. **4** 458, **9** 323, auch das cit. III 3. Juni 89 (obgleich es „von den Bestand der öffentl. Ordnung verletzenden Ungebührlichkeiten" spricht, verbis „das Publikum belästigt o. gefährdet"), ferner: Berlin OTr. 6. Feb. 78 O. **19** 73, KG. 3. Feb. 81 Jahrb. **2** 294, Dresden 1. Okt. 77 St. 8 308, Colmar 10. Okt. 85 Franz Rechtspr. **1** 86, Berner S. 674, Frank G. **34** 154. AM.: H. Meyer S. 1020, v. Schwarze N. 11, Rotering N. 11_{10} u. Fahrlässigkt. S. 62, Gillischewski G. **39** 132, welche eine Störung der öffentl. Ordnung verlangen.

Der Angriff gegen die äußere Ordnung muß ferner ein unmittelbarer sein; so das cit. RG. 3. Juni 89 sowie IV 17. Apr. 88 R. **10** 304, die Beunruhigung bzw. Belästigung des Publikums müsse eine unmittelbare Folge der Hdlg. selbst sein; ferner: Frank **34** 152, v. Bar GS. **40** 433.

Weiterhin aber ist streitig, ob der gr. U. nur begangen werden könne durch „unmittelbar physisch lästig fallende ungerechtfertigte Hdlgen"; so namentl.: v. Bar aO., v. Liszt S. 638, H. Meyer S. 1020, Frank G. **34** 153, 158, **36** 270, die damit verneinen, daß gr. U. begangen werden könne durch den Inhalt von Aeußerungen, insbs. auch durch die in Druckschriften niedergelegten Aeußerungen, d. h. durch Preßerzeugnisse; letzteres verneinen auch Berner S. 673 u. Gillischewski aO. S. 136 f. Im Gegensatz dazu nimmt namentl. die (von Oppenh. N. 83 u. Meves G. **27** 197 N. 17a insoweit vertheidigte) Praxis an, daß gr. U. auch durch den Inhalt von Aeußerungen begangen werden könne, z. B. durch den Ruf „Feuer" (vgl.: Dresden 1. Okt. 77 St. 8 308 [Grabrede], Colmar 10. Okt. 85 Franz Rechtspr. **1** 86 [eine gg. die Zusammengehörigkeit EL. mit dem DR. gerichtete Aeußerung]), insbs. daß er auch durch die Presse verübt werden könne; so speziell: RG. II 17. Mai 87, III 3. Juni 89, E. **16** 98, **19** 294 (vgl. z. letzterem Frank G. **38** 413), IV 21. Mai 89 G. **37** 197, Berlin OTr. 20. Juni, 16. Juli 73, St. **3** 339, O. **14** 507 (beide öffentl. Ankündigg. als Wahrsager btr.), 9. Mai 78 O. **19** 249, KG. 22. Sept. 87 (Verbreitung eines falschen Gerüchtes), 29. Apr. 89 (schwindelhafte Reklamen), G. **37** 68, 216, München 19. Dez. 74 St. 5 178, Dresden OLG. 19. Nov. 88 SächsA. **11** 314, Naumburg OLG. 30. Okt. 90 G. **39** 76 (Boykotterklärung; s. o. b).

Die erstere Ansicht hat die Entstehungsgeschichte für sich; doch würde es eine unberechtigte Beschränkung enthalten, wollte man unter die „unmittelbar physisch lästig fallenden Hdlgen“ nur solche verstehen, welche die Sinne zu belästigen geeignet sind, also namentl. nur die auf das Gehör, das Gesicht, den Geruchssinn wirkenden (so jedoch v. Liszt aO.); man wird vielmehr auch solche Hdlgen darunter zu verstehen haben, welche durch Erregung von Schrecken, Angst rc. nicht blos physische Erregungen, sondern ein körperliches Unbehagen hervorzurufen vermögen; sonach kann recht wohl der Ruf „Feuer“ durch seinen Inhalt als gr. U. zu qualifiziren sein. Andererseits spricht gegen die zweite Ansicht im allgemeinen die Schwierigkeit der Abgrenzung des Thatbestandes; vgl. in der Beziehung die Ausführungen von dem cit. RG. 3. Juni 89 im Vergleiche zu derjenigen der citt. RG. 17. Mai 87, 21. Mai 89 (dazu Meves G. 37 199 N. 17a); darnach erscheinen namentl. die oben citt. Dresden 1. Okt. 77 und Colmar 10. Okt. 85 nicht gerechtfertigt. Gegen die Ansicht insbesondere, daß auch Preßerzeugnisse inhaltlich den Thatbestand des gr. U. erfüllen können, spricht der Umstand, daß hier eine unmittelbare Wirkung garnicht stattfindet, sondern das Lesen bzw. Weiterverbreiten durch Erzählung hinzutreten muß; allerdings kann auch grober Unf., wie der ruhest. L. (N. d β), unter Benutzung von lebenden Wesen o. leblosen Gegenständen als Mitteln verübt werden, aber die Wirkung der Thätigkeit muß eine unmittelbare sein.

δ) Die „Verübung gr. U.“ ist nichts anderes als deren vorsätzliche Verursachung; dafür daß hier ausnahmsweise auch fahrlässige Verübung strafbar sein solle, spricht nichts; so — außer den o. zu a citirten — ferner: Dresden 13. Nov. 76 St. 7 205 (gr. U. mit dem cri-cri auf der Straße deshalb verneinend, weil der Spielende nicht an die Möglichkeit gedacht, daß durch das Spielen Passanten belästigt werden könnten), Berner S. 673 f., insbs. N. 1, Rüd.-St. N. 22, Frank G. 36 272 (anders das. 34 150), Gillischewski aO. S. 140. Die entgegenstehende Ansicht verlangt zwar ein vorsätzliches Thun, jedoch nicht Vorsätzlichkeit in Bezug auf den Erfolg, erachtet hier vielmehr fahrl. Verschuldung für ausreichend; so jedoch: RG. II 17. Mai 87 E. 16 98, Berlin KG. 19. Sept. 81, 22. Sept. 87, Jahrb. 2 296, G. 37 68, Oppenh. N. 83. Eventueller Dolus genügt aber; so: Dresden 22. März 78 St. 8 308, Gillischewski aO.

Wegen Verübung gr. U. durch Unterlassung gilt das o. N. d β btr. der ersten Alternative Bemerkte entsprechend; so nahm das cit. Dresden mit Recht an, daß gr. U. durch Nichtanlegen einer Leine an den auf dem Spaziergange mitgenommenen Hund begangen werden könne (verneinte dagegen i. c. den Thatbestand, weil nicht der Vorsatz der Verkehrsstörung erwiesen sei, während genügt haben würde, wenn der Hund in der bestimmten Voraussicht, daß er wiederum in seine Unart verfallen würden, mitgenommen worden wäre).

Zu Nr. 12.

a) Das vorliegende Blankettstrafgesetz (§ 145 N. 1; Binding Normen I 162 N. 10) — wegen dessen Entstehungsgeschichte o. S. 5 zu vergleichen — hat seinen Inhalt erst zu empfangen durch partikularrechtliche (vgl. GewerbeO. § 38) Normen, namentl. solche über den zulässigen „Zinsfuß“. Da die ganze Regelung der Gewerbeausübung der „Pfandleiher u. Rückkaufshändler“, als welche naturgemäß nur „öffentliche“ (§ 290 N. 2) in Betracht kommen, aus polizeilichen Rücksichten erfolgt, so stellen auch den „Zuwiderhdlgen“ (ein an sich farbloser Ausdruck, wie Uebertretungen im § 145 — das. N. 3) gegen die darüber erlassenen Anordnungen als Polizeidelikte sich dar, weshalb auch eine blos fahrlässige Zuwiderhdlg. strafbar ist, z. B. eine auf fahrl. Unkenntniß der Anordnungen beruhende; Rotering N. 12; vgl. auch Oppenh. N. 86.

b) In Preußen ist eine entsprechende Anordnung ergangen durch G. btr. das Pfandleihgewerbe v. 17. März 1881 (btr. § 6 desselben vgl. Berlin KG. v. 2. Okt. 84 Jahrb. 5 234), das übrigens, wie folgeweise also auch § 360[12], nur auf solche Personen Anwendung findet, welche das Gewerbe eines Pfandleihers mit der gesetzlich erforderlichen Erlaubniß betreiben; RG. II 8. Mai 83 E. 8 283.

c) Trägt die Ueberschreitung des dem Pfandleiher gestatteten Zinsfußes zugleich die Merkmale einer strafb. wucherlichen Hdlg. an sich, so liegt Idealkonk. (§ 73) mit Wucher

vor; RG. III 5. Jan. 81 E. 3 176. Zu weitgehend ist aber die Behauptung, daß jede Ueberschreitung des von der Behörde „bestimmten" Zinsfußes zugleich eine Ueberschreitung des üblichen Zinsfußes i. S. des § 302a (das. N. 9) sei; so: RG. II 17. Mai 92 E. 23 121, Rüd.-St. N. 24; aM.: Geyer 2 72, Hälschner 2 443, v. Schwarze N. 12, Oppenh. N. 85.

Zu Nr. 13.

a) Um den sog. Thierschutz handelt es sich nicht (vgl. Lange, Kohler, GS. 42 43 ff., 47 32 ff.; aM. jedoch Berner S. 677), wie namentl. daraus erhellt, daß die btr. Hdlgen nur unter Strafe gestellt sind, sofern sie vorgenommen werden entweder „öffentlich" (§ 110 N. 5) oder in „Aergerniß erregender Weise", also wie im § 116 (das. N. 7) bzw. § 183 (das. N. 5) dadurch, daß ein Aergerniß wirklich „gegeben" sein muß (v. Hippel Thierquälerei — Berlin 1891 — S. 37), wenn solches auch nicht „öffentlich" geschehen zu sein braucht. Bestraft wird vielmehr die Verletzung desjenigen menschlichen Gefühlslebens, das im Mitgefühl für die Thiere sich äußert; Binding Normen 1 347, v. Liszt S. 637, Stooß Zeitschr. d. Berner JV. 1884 S. 557, Lange GS. 42 49. Handelt es sich sonach um einen Angriff auf ein Rechtsgut, so ist nur die vorsätzliche Zuwiderhdlg. als bedroht anzusehen (Rüd.-St. N. 26, Rotering N. 13_1), was überdies durch den Wortlaut völlig außer Zweifel gestellt wird, da „quälen" u. „mißhandeln" — zumal in Verbindung mit den gebrauchten Adverbien — schon an sich durchweg den Vorsatz erfordern.

b) Der erste Mischthatbestand fordert ein „boshaftes Quälen". Letzteres erscheint dem „Martern" (§ 251 N. 3) ähnlich (v. Liszt S. 456, v. Hippel aO. S. 39), während „boshaft" mit „böswillig" (§ 134 N. 3) gleichzustellen ist (Binding Normen 2 604). Sonach wird unter einem boshaften Quälen ein solches zu verstehen sein, welches nicht zu einem vernünftigen Zwecke, sondern lediglich um des Quälens selbst wegen erfolgt; so im wesentlichen: Wolfenbüttel 9. Feb. 77 St. 7 207, Berner S. 676, Rotering N. 13_1, v. Hippel aO. S. 39; vgl. auch v. Schwarze N. 13, eine besondere Absicht des Quälens werde nicht erfordert.

c) Der zweite Mischthatbestand der „rohen Mißhandlung", wobei „Mißhdlg." selbstverständlich als körperliche Mißhdlg. i. S. des § 223 (das. N. 2 ff.) mit dem durch die Verschiedenheit der menschlichen u. thierischen Natur bedingten Unterschiede zu verstehen ist, kann auch durch Unterlassungen (§ 1 N. 3) erfüllt werden, z. B. durch Nichtgewährung der nöthigen Nahrung (so: Berner S. 677, Rüd.-St. N. 26, Rotering N. 13_3, v. Hippel aO. S. 41; aM.: Oppenh. N. 89a, v. Schwarze N. 13), nicht aber, da es ein Kommissivdelikt ist, durch eine reine Unterlassung; vgl. Wolfenbüttel 9. Feb. 77 St. 7 207, dem ein solcher Fall zu Grunde lag (der Eigenthümer eines zum Schlachten bestimmten Ochsen ließ denselben, der durch seinen Führer blind geschossen war, noch 4 Tage stehen). Als „roh" ist diejenige Mißhdlg. zu bezeichnen, welche eine Gemeinheit der Gesinnung des Mißhandelnden dokumentirt, insofern dieser über die Leiden des Thieres gleichgültig sich hinwegsetzt; Berner S. 676, Rotering N. 13_1, v. Hippel aO. S. 40.

d) Die sog. Vivisektionen, dsgl. das Schlachten der Thiere nach mosaischem Ritus, das sog. Schächten, werden, selbst wenn sie „öffentlich" vorgenommen werden (wie z. B. jene in einer öffentlichen Vorlesung) oder „Aergerniß erregen sollten", dennoch schon deshalb nicht strafbar sein, weil die Merkmale des „boshaften" Quälens (b) bzw. des „rohen" Mißhandelns nicht zutreffen (Rüd.-St. N. 27, v. Hippel aO. S. 42; die Ausdrücke „boshaft" u. „roh" sind daher keineswegs mit Lange aO. S. 49 ff. für pleonastisch zu halten); sollten aber, was als möglich zugegeben werden muß, auch diese Merkmale vorliegen, so wird die strafrechtl. Verantwortlichkeit noch dadurch ausgeschlossen sein können (Th. I Abschn. 4 N. 9b, d), daß die Hdlgen vorgenommen wurden in Ausübung einer Amtsbefugniß bzw. eines anerkannten Berufes, wie z. B. seitens des angestellten Schächters; so auch: v. Liszt S. 157, H. Meyer S. 1017, Rüd.-St. N. 27; vgl. ferner btr. des Schächtens Stooß aO. S. 551 u. v. Hippel aO. S. 35.

Zu Nr. 14.

a) Das „unbefugte Halten von Glücksspielen" ist aus einem rein polizeilichen Gesichtspunkte unter Strafe gestellt (Rotering N. 14_1), so daß auch die fahrlässige Zuwiderhdlg., z. B. in Folge Irrthums über mangelnde Befugniß, strafbar ist. Uebrigens ist durch

§ 360¹⁴ i. V. mit den §§ 284—286 die Materie des Glücksspieles i. S. des EG. § 2 geregelt (vgl. § 284 N. 5).

b) Wegen der engeren Bedeutung von „Glücksspiel" s. § 284 N. 4, 7. Liegt der Thatbestand des § 286 (das. N. 2) vor, welcher gerade umgekehrt von den durch Nr. 14 nicht betroffenen Lotterien u. öffentl. Ausspielungen handelt, so kann Nr. 14 keine Anwendung finden; RG. III 25. Sept. 80 R. 2 260, I 9. Feb. 82 E. 5 432. Sog. Bankhalten ist für sich noch nicht ein „Glücksspielhalten" i. S. der Nr. 14, wodurch derjenige betroffen wird, welcher ein Glücksspiel in der Weise unternimmt oder in die Rolle des Unternehmers eintretend in der Weise fortsetzt, daß die Betheiligung daran einer unbestimmten Zahl von Personen gewährt wird, was nicht der Fall, wenn mehrere Personen an einem Glücksspiele, bei welchem die Bank umgegangen, als Bankhalter sich betheiligen; so: cit. RG. 25. Sept. 80, Jena 1. Feb. 72 St. 1 314, Rotering N. 14₁; aM. Berlin 29. Mai 78 St. 8 311, während Dresden 17. Juni 82 St. 2 115 seine Ausführungen lediglich gegen das Erforderniß des wiederholten bzw. gewerbsm. Bankhaltens bzw. gegenüber gewerbsmäßigen Spielern richtet. Daß das „Halten von Glücksspielen" auch schon den wirklichen Betrieb eines Glücksspieles erfordert, ist mit Rücksicht auf den polizeilichen Charakter des Deliktes zu verneinen; es genügt demnach, wenn Einrichtungen zum Glücksspiel getroffen bzw. unterhalten und Andern zur Benutzung dargeboten werden; so: Geyer 2 74, Hälschner 2 446, Rüd.-St. N. 29, Rotering N. 14₁, während aus dem cit. RG. 25. Sept. 80 eine gegentheilige Ansicht nicht zu entnehmen ist.

c) Das Glücksspielhalten muß stattgefunden haben entweder „auf einem öffentl. Wege ꝛc." (§ 243⁴ N. 37a) oder „in einem öffentl. Versammlungsorte" (§ 285 N. 1a).

d) Die fragliche Hdlg. ist nur dann strafbar, wenn sie „unbefugt" (§ 123 N. 14) geschieht, was ausweislich der Motive gegenüber dem PrStGB. § 340¹¹ eingeschoben ist, weil in den Bundesstaaten gleichmäßige Anordnungen nicht bestanden. Die Hdlg. ist sonach nicht blos strafbar, wenn sie „landesrechtlichen Bestimmungen" zuwider geschieht (vgl. z. B. Nr. 9), sondern schon dann, wenn sie nicht landesrechtlich erlaubt ist; nur eine ausdrückliche Erlaubniß begründet die Befugniß (Rotering N. 14₁) und macht damit die Hdlg zu einer straflosen. Das gilt auch dann, wenn letztere den Charakter der Gewerbsmäßgkt. annehmen sollte; eine Verfolgung aus § 284 kann dann nicht eintreten; Geyer 2 74, Hälschner 2 446. Demgemäß hat z. B. die Preuß. Verwaltung durch Cirkularverf. v. 30. Aug. 1886 (PrBMBl. S. 201) unter gewissen Kautelen die Haltung eines Totalisators mit dem Erfolge gestatten können, daß eine Bestrafung aus § 284 (das. N. 3₂) ausschlossen ist.

Zu Absatz 2.

Vgl. §§ 40 N. 7, 11, 13, 42 N. 3a.

Schlußnote. Wg. Strafe, Verjährung u. Zuständigkeit vgl. Abschn. 29 N. 8—10.

§. 361.

Mit Haft wird bestraft:

1) wer, nachdem er unter Polizei-Aufsicht gestellt worden ist, den in Folge derselben ihm auferlegten Beschränkungen zuwiderhandelt;
2) wer, nachdem er des Bundesgebietes oder des Gebietes eines Bundesstaats verwiesen ist, ohne Erlaubniß zurückkehrt;
3) wer als Landstreicher umherzieht;
4) wer bettelt oder Kinder zum Betteln anleitet oder ausschickt, oder Personen, welche seiner Gewalt und Aufsicht untergeben sind und zu seiner Hausgenossenschaft gehören, vom Betteln abzuhalten unterläßt;
5) wer sich dem Spiel, Trunk oder Müßiggang dergestalt hingibt, daß er in einen Zustand geräth, in welchem zu seinem Unterhalte oder zum

Unterhalte derjenigen, zu deren Ernährung er verpflichtet ist, durch Vermittelung der Behörde fremde Hülfe in Anspruch genommen werden muß;

6) eine Weibsperson, welche wegen gewerbmäßiger Unzucht einer polizeilichen Aufsicht unterstellt ist, wenn sie den in dieser Hinsicht zur Sicherung der Gesundheit, der öffentlichen Ordnung und des öffentlichen Anstandes erlassenen polizeilichen Vorschriften zuwiderhandelt, oder welche, ohne einer solchen Aufsicht unterstellt zu sein, gewerbsmäßig Unzucht treibt;

7) wer, wenn er aus öffentlichen Armenmitteln eine Unterstützung empfängt, sich aus Arbeitsscheu weigert, die ihm von der Behörde angewiesene, seinen Kräften angemessene Arbeit zu verrichten;

8) wer nach Verlust seines bisherigen Unterkommens binnen der ihm von der zuständigen Behörde bestimmten Frist sich kein anderweitiges Unterkommen verschafft hat und auch nicht nachweisen kann, daß er solches der von ihm angewandten Bemühungen ungeachtet nicht vermocht habe;

9) wer Kinder oder andere unter seiner Gewalt stehende Personen, welche seiner Aufsicht untergeben sind und zu seiner Hausgenossenschaft gehören, von der Begehung von Diebstählen, sowie von der Begehung strafbarer Verletzungen der Zoll- oder Steuergesetze, oder der Gesetze zum Schutze der Forsten, der Feldfrüchte, der Jagd oder der Fischerei abzuhalten unterläßt. Die Vorschriften dieser Gesetze über die Haftbarkeit für die den Thäter treffenden Geldstrafen oder anderen Geldleistungen werden hierdurch nicht berührt.

In den Fällen der Nr. 9 kann statt der Haft auf Geldstrafe bis zu einhundertfunfzig Mark erkannt werden.

Btr. Nr. 1—8: PrStGB. §§ 116, 115, 117, 341 Abs. 1, 119^{1}, 146, $115^{2.3}$. Entw. I §§ 129, 128, 350^{1-3}, 156, $350^{4.5}$; II § 357^{1-8}. Btr. Nr. 9: PrStGB. (fehlt); Entw. I, II (fehlt). StB. S. 762. Entw. d. StGN. Art. I § 361^{6}, Art. II § 361^{9}. Aktenst. 1875/76 Nr. 54, 109 II, 120. StB. 1875/76 S. 1007, 1025—1029, 1360—1363.

Vgl. § 362.

Zu Nr. 1.

a) Unter den in Folge der „Stellung unter PolAuff." — nach der Ausdrucksweise (vgl. dagegen Nr. 6) lediglich im techn. S. des § 38_2 zu verstehen (v. Schwarze N. 1) — „auferlegten Beschränkungen" kann nach § 39 hier nur die durch Nr. 1 das. gestattete „Untersagung des Aufenthaltes an einzelnen bestimmten Orten" verstanden werden, da die „Verweisung aus dem Bundesgebiete" (das. Nr. 2) in Nr. 2 Berücksichtigung findet und gegen die Nr. 3 des § 39 seitens des unter PolAuff. Gestellten nicht zuwider gehandelt werden kann; so: Oppenh. N. 5, v. Schwarze N. 1, Fuhr PolAuff. S. 89; unrichtig deshalb v. Liszt S. 275, Zuwiderhdlgen gegen die Nr. 1 u. 2 des § 39 fielen unter § 361^{1}.

b) Die Bestrafung der gegen ein Verbot sich richtenden „Zuwiderhdlg." (§ 360 N. 12a) sichert die Durchführung der „Polizei-Aufsicht", hat demnach die Natur eines reinen Polizeideliktes (Abschn. 29 N. 2_2), so daß folgeweise nicht nur vorsätzliches, sondern auch fahrlässiges Betreten des verbotenen Ortes strafbar ist, wenn schon die Untersagung, um überhaupt wirksam zu sein, zur Kenntniß des unter PolAuff. Gestellten gekommen sein muß (§ 39 N. 6); so in beiden Beziehungen Rotering N. 1; aM. Oppenh. N. 7. Ein schuldloses Zuwiderhandeln, z. B. in Folge unwiderstehlichen Zwanges, ist dagegen straflos.

c) Ueber die Voraussetzung, ob eine rechtsgültige PolAuff. bzw. eine gültige Untersagung vorliege, hat der die Nr. 1 anwendende Richter zu urtheilen (§ 39 N. 7); F. Meyer N. 1, Oppenh. N. 3, Rüd.-St. N. 2, Fuhr PolAuff. S. 90.

Zu Nr. 2.

a) Das StGB. selbst kennt nur „Verweisungen“ (gleich „Ausweisungen“ i. S. späterer Gesetze) von „Ausländern“ (§ 8 N. 3a) aus dem „Bundesgebiete“, d. h. dem „Gebiete des DR.“ (§ 3 N. 12 f.), und zwar im Falle des § 39², seitens der „höheren LPB.“, in den Fällen der §§ 284_2, 362_3 seitens der — damit gleichbedeutenden (vgl. § 38 N. 8) — „LPB.“. Es schützt aber Nr. 2 nicht nur die Durchführung dieser auf gerichtlichen Urtheilen beruhenden Ausweisungen, sondern auch die blos polizeilichen (vgl. dagegen Nr. 1a) und zwar sowohl diejenigen aus dem „Bundesgebiete“ nach dem JesuitenG. v. 4. Juli 1872 § 2, als auch diejenigen aus dem „Gebiete eines Bundesstaates“, welche betreffs Inländer nach dem FreizügigkeitsG. § 3_2 oder betreffs Ausländer nach allgemeinen staatsrechtlichen Grundsätzen — und zwar hier unbeschränkt — zulässig ist.

b) Die „Verweisung“ braucht nicht zwangsweise vollzogen zu sein, wohl aber muß der Betreffende das Gebiet verlassen haben, da nur das „Zurückkehren“ in dasselbe mit Strafe bedroht wird; Oppenh. N. 15, Fuhr PolAuff. S. 88. Diese Hdlg. ist eine vorsätzliche (Rotering N. 2), dennoch aber ist auch fahrlässiges Zuwiderhandeln strafbar, z. B. in Folge Irrthums über die Ertheilung der Rückkehrerlaubniß; es gilt nämlich in subjektiver Beziehung das o. N. 1b Bemerkte entsprechend; vgl. Rotering N. 2; aM. v. Schwarze N. 2, der einen im „Bewußtsein des Unbefugten“ sich erschöpfenden Dolus verlangt.

Auch eine bloße „Durchreise“, die nothwendig einen gewissen Aufenthalt in dem btr. Gebiete in sich schließt, kann den Begriff der „Rückkehr“ erfüllen; Colmar 8. Nov. 89 G. **37** 372.

c) Die Frage, ob eine rechtswirksame Verweisung (vgl. §§ 39 N. 4, 284 N. 11, 362_3) erfolgt sei, unterliegt der strafrichterl. Prüfung, und zwar hinsichtlich aller thatsächl. u. rechtl. Voraussetzungen, also nicht nur, ob die Verweisung von einer dazu berufenen Behörde innerhalb ihrer Zuständigkeit ausgesprochen sei, sondern auch hinsichtlich des Umfanges u. der zeitlichen Wirksamkeit einer erlassenen Verfügung (§ 39 N. 7); **RG.** III 17. Juni 82 E. **6** 378, Oppenh. N. 12, Rubo N. 2, Rüd.-St. N. 3, Fuhr PolAuff. S. 90.

Die Zuständigkeit zur Ausweisung von Ausländern aus dem Gebiete eines Bundesstaats ist nach Landesrecht zu beurtheilen; nach PrStaatsrecht kann sie nicht nur durch die Landes-, sondern auch durch die Ortspolizeibehörde erfolgen; **RG.** IV 21. Apr. 85 E. **12** 154.

Zu Nr. 3.

a) Das RStGB. hat, anders als der Code pénal art. 270 u. manche ältere D. Landesstrafgesetzbücher, eine Definition des Begriffes „Landstreichen“ nicht aufgestellt; man darf deshalb annehmen, daß keine der aufgestellten Definitionen, insbs. auch nicht diejenige des PrStGB. § 117, den Gesetzgeber voll befriedigt habe, daß er aber andererseits den Begriff nicht wesentlich anders, als er bisher in D. aufgefaßt worden, habe verstanden wissen wollen, weil sonst das Fehlen jeder Definition unerklärlich sein würde.

b) Das Gesetz selbst erfordert ein „Umherziehen.“ Dieses muß stattfinden „von Ort zu Ort“; das Durchstreichen einer Großstadt genügt, worauf schon das Wort „Landstreichen“ hindeutet, nicht; Berlin 4. Juli 77 St. **7** 360, Berner S. 681, Schütze HRl. „Landstreicherei“, Rüd.-St. N. 5, v. Schwarze N. 3, Rotering N. 3_3 u. G. **34** 133. Ein solches Umherziehen von „Ort zu Ort“ liegt nicht vor, wenn der Betreffende zwar die Umgebung seines Wohnsitzes abstreift, aber allabendlich an diesen zurückkehrt; vgl. Rostock 71 St. **1** 44, auch Berner S. 681. An sich freilich schließt der Besitz eines Domizils den Thatbestand des Landstreichens nicht aus; Berner aO., Rotering G. **34** 132.

c) Wenn das cit. Rostock das „Landstreichen“ als ein „gewerbsm.“, Rotering G. **34** 126 f. dasselbe als ein „gewohnheitsm.“ Thun bezeichnet, so wird richtiger ein Zusammentreffen beider Momente gefordert werden müssen; so v. Schwarze N. 3, ein habituelles Verhalten, welches den Charakter der Gewerbsmßgkt. an sich trage; aM. Rüd.-St. N. 5. Das „Umherziehen“ muß einem „Hange zum Wandern u. Müßiggange“ entsprungen sein; darin liegt das Gewohnheitsmäßige (§ 260 N. 3); andererseits aber erachtet Rotering aO. S. 128 selbst mit Recht nicht sowohl die, vielfach geforderte, Mittellosigkeit (so jedoch: das zu b cit. Berlin 4. Juli 77, Schütze HRl. Landstreicherei, Oppenh. N. 18), als vielmehr den Umstand, ob das Wandern auf eigene Kosten stattfinde oder nicht, als das entscheidende Moment;

das Landstreichen ist ein Umherziehen „auf fremde Kosten" und geschieht, um sich einen fortgesetzten Erwerb zu verschaffen, also gewerbsmäßig (§ 260 N. 2). Hiernach gehört das Landstreichen seinem Wesen nach zu den sog. Kollektivdelikten (§ 73 N. 5d) u. vereinigt in sich alle Eigenthümlichkeiten der gewerbs- u. gewohnheitsm. Delikte; Rotering N. 3₂ rechnet dasselbe zu den Dauerdelikten (§ 73 N. 5c), was an sich auch nicht unrichtig ist.

Kann man das Umherziehen des Landstreichers hiernach auch nicht mit dem cit. Berlin völlig richtig als „erwerbszwecklos" bezeichnen, so verfolgt doch der Landstreicher keinesfalls legale Erwerbszwecke, insbs. nicht die Ausübung eines Berufes; ein nur gelegentliches, vorübergehendes Arbeiten unterbricht dagegen das Delikt nicht; Rotering G. **34** 129. Es ist deshalb unwesentlich, ob man das Umherziehen mit Letzterem als ein „zweckloses" bezeichnet oder mit Berlin als ein solches „in Verfolgung unbestimmter Zwecke"; vgl. noch Schütze aO., der „geschäfts- u. arbeitsloses Umherziehen ohne gerechtfertigten Zweck" verlangt.

d) Das Verbot des Landstreichens verfolgt den rein polizeilichen Zweck, einer Gefährdung vorzubeugen, die dasselbe erfahrungsmäßig für das wirthschaftliche Leben und die Rechtssicherheit mit sich bringt; Binding **1** 359, Rotering N. 3₁ u. G. **34** 125. Handelt es sich aber auch nur um ein Polizeidelikt, so ist doch eine fahrlässige Begehung desselben nicht denkbar.

e) Ein Landstreicher, der bettelt, verstößt in Idealkonk. (§ 73) gegen die Nr. 3 u. 4; so Stelling Umherziehen als Landstreicher (Hamburg 1891) S. 20ff; aM. Oppenh. N. 23 u. Meves G. **39** 401, die Realkonk. (§ 74) annehmen.

Zu Nr. 4.

a) Die verschiedenen Mischthatbestände der Nr. 4 erfordern sämmtlich das Thatbestandsmoment des „Bettelns"; einer Definition hat der Gesetzgeber auch hier sich enthalten, offenbar weil er auf den Sinn hinweisen wollte, den das tägliche Leben mit dem Ausdrucke zu verbinden pflegt; RG. IV 6. Juni 90 E. **20** 434. Nach Auffassung des gemeinen Lebens bettelt derjenige, der aus wirklicher o. angeblicher Bedürftigkeit eine zu ihm nicht in näheren Beziehungen stehende (fremde) Privatperson um eine milde Gabe (Almosen) für sich oder diejenigen, deren Unterhalt ihm obliegt, angeht, sofern nicht dieses Angehen aus besonderen Gründen als ein den Regeln des Verkehrs entsprechendes erscheint; vgl. in letzterer Beziehung Rotering N. 4₅ sowie Goltd. Mat. **2** 200, 724, woraus erhellt, daß man bei der Redaktion der §§ 118, 341 PrStGB. davon ausging, daß nicht jede vereinzelte Ansprache um eine milde Gabe als Betteln anzusehen sei; dementsprechend auch das cit. RG. 6. Juni 90, ferner: Berner S. 682, v. Kirchmann N. 4, die vereinzelte Bitte um Unterstützung bei „wahrer Noth" bzw. bei „augenblicklichen zufälligen Nothständen o. Verlegenheiten" sei kein Betteln.

Hiernach scheidet vom Begriffe des B. namentl. aus:

α. das nicht auf wirklicher o. vorgespiegelter Bedürftigkeit beruhende, sondern nach örtlicher Sitte u. Gewohnheit erfolgende Angehen; cit. RG. 6. Juni 90 (ortsübliche Geschenke der Meister an ansprechende Gesellen), Celle OLG. 10. Nov. 88 G. **37** 70 (hergebrachte Unterstützung der Ortsbewohner bei Herstellung von Bauten durch Zuwendung von Naturalien);

β. das Angehen einer Behörde (Mecklenb. OG. GS. **26** 552), eines Unterstützungsvereins &c., weil das Inanspruchnehmen solcher Hülfsquellen der wirthschaftl. Ordnung entspricht; Rotering N. 4₂; aM. btr. des Angehens der Vereine gg. Hausbettelei Schiele MagfDR. **1** 157 (vgl. aber Anm. d. Redaktion auf S. 159);

γ. das sog. Kollektiren, d. h. das Ansprechen um Gaben für bestimmte, dem Ansprechenden persönlich fremde, in der Regel die Wohlthätigkeit für Andere betreffende Zwecke; Teichmann HRl. „Bettelei", Rotering N. 3₆; weiter geht noch Hamburg OLG. 26. Feb. 91 G. **39** 181, indem es eine zu Gunsten nothleidender streikender Arbeiter veranstaltete Sammlung auch bei Vornahme derselben seitens der Streikenden selbst nicht als Betteln auffaßte.

b) Der erste Mischthatbestand erfordert lediglich das Vorliegen des Bettelns in dem zu a erläuterten S. Schon das bloße Angehen erfüllt sonach den Thatbestand, nicht erst die Gewährung des Almosens; so die GM., insbs. RG. VStS. 17. Apr. 82 E. **6** 218. In welcher Art und Weise das B. sich abspielt, insbs. ob ausdrücklich o. durch schlüssige Hdlgen, ob mündlich o. schriftlich (Hamburg OLG. 27. Feb. 90 G. **38** 76) ist gleichgültig; es kann

deshalb auch gefunden werden in dem Anbieten geringwerthiger Waaren zum Kauf; Dresden OLG. 2. Mai 89 G. 37 307. Immer aber erfordert es eine vorsätzliche Hdlg. Schon eine Einzelhdlg. kann zweifellos den Thatbestand des B. erfüllen. Andererseits aber deutet gerade der Wortausdruck darauf hin, daß häufig ein Komplex von Einzelhdlgen zu einem Gesammtdelikt zusammengefaßt wird (§ 73 R. 7b); wiederholtes Ansprechen auch verschiedener Personen wird deshalb häufig nur als eine strafb. Hdlg. (§ 73) zu qualifiziren sein; so: v. Schwarze R. 4, Rotering R. 4_3; dagegen scheint Oppenh. R. 30 stets Realkonk. (§ 74) anzunehmen.

Wegen des Verhältnisses zum Betruge vgl. § 263 R. 30 I c u. 38 a, zum Landstreichen o. Nr. 3e.

Wegen des sog. qualifizirten B. vgl. § 362_2.

c) Der zweite Mischthatbestand erfordert ein vorsätzliches Handeln, nämlich ein „anleiten und ausschicken von Kindern zum Betteln." Mit „Kind" (Plural statt Singular; § 110 R. 14) wird hier (vgl. jedoch Nr. 9 R. a) eine im kindlichen Alter stehende Person bezeichnet; so: Berner S. 682, Opeenh. R. 31, ferner v. Schwarze R. 4 u. Rotering R. 4_1, welche den Ausdruck nicht auf eigene Kinder beschränken; aM. Meves § 361[9] R. 2, dessen Behauptung, daß das StGB. mit „Kind" stets das Verwandschaftsverhältniß ausdrücke, Angesichts des § 169 (das. R. 8) entschieden zu weit geht. Darauf, ob das Kind zurechnungsfähig ist oder nicht, kann es nicht ankommen; denn auch die „Anleitung" eines bereits zurechnungsfähigen Kindes würde nicht schon strafb. Anstiftung zum B. sein; liegt aber im konkreten Falle, z. B. beim Ausschicken, Anstiftung zum B. vor, so findet die Nr. 4 keine Anwendung, da dieselbe nur eine subsidiäre Bedeutung hat (s. u. Nr. 9c).

d) Nach dem dritten Mischthatbestande wird straffällig, wer gewisse „Personen" (Plural statt Singular; § 116 R. 14) „vom Betteln abzuhalten unterläßt". Der Thatbestand erfordert also ein Zuwiderhandeln gegen das auf „Abhalten vom B." gerichtete Gebot, charakterisirt sich somit als ein Unterlassungsdelikt (§ 1 R. 3b); so: Oppenh. R. 32, Aldosser Unterlassungsdel. S. 132, Seligsohn G. 28 220, Landsberg Kommissivdel. S. 219; aM. Meves § 361[9] R. 7, der nur ein uneigentl. Unterlassungsdel. annimmt, da eine positive Thätigkeit nicht vorgeschrieben sei. Hier handelt es sich sonach um ein Polizeidelikt (§ 139 R. 12), so daß auch das nur fahrlässige Unterlassen des Abhaltens vom B. strafbar ist; Meves § 361[9] R. 7, Rotering R. 4_1; Kenntniß vom Betteln ist sonach nicht erforderlich; Oppenh. R. 33, Rüd.-St. R. 6, v. Schwarze R. 5. Dagegen muß stets der Beweis des Mangels an pflichtgetreuer Aufsicht u. Vorsorge im Falle einer Bettelei geführt werden; eine Vermuthung für den Mangel einer solchen ist nicht begründet; Berlin 5. Juli 78 St. 8 319 (btr. Nr. 9). Andererseits rechtfertigt die Feststellung des Mangels jeder Aufsicht die Anwendung der Nr. 4 (Oppenh. R. 33), wenn es auch nicht richtig ist, die zur Bestrafung erforderliche „Unterlassung" schlechthin mit Teichmann HRl. „Bettelei" zu charakterisiren als „Mangel jeder Aufsicht"; Rüd.-St. R. 6.

Die Personen, um welche es sich handelt, müssen:

α. der „Gewalt und Aufsicht des Thäters untergeben sein" und zugleich (kumulativ)

β. „zu seiner Hausgenossenschaft gehören."

Zu α handelt es sich wesentlich um eine rechtliche Voraussetzung; der Vorstand der Hausgenossenschaft muß aus eigenem oder delegirtem Rechte (so auch Rotering R. 4_1) befugt sein, neben der Aufsicht auch Erziehungsgewalt auszuüben; so im wesentlichen auch Meves § 361[9] R. 4, der aus der Kumulation von Gewalt und Aufsicht zugleich folgert, daß diese eine dauernde und das Gesammtverhalten betreffende sein müsse; ein ganz vorübergehendes Verhältniß wird allerdings nicht ausreichen. Häufig wird auch ein thatsächliches Verhältniß für ausreichend erachtet, in Folge dessen die btr. Person den Anordnungen des Vorstandes der Hausgenossenschaft Folge zu leisten habe; so: Berlin 3. Dez. 74 St. 5 179, Oppenh. R. 33a, auch Rotering R. 4_1. Dies kann jedoch unter einem anderen Gesichtspunkte als dem des delegirten Rechtes für zutreffend nicht erachtet werden. Das Vorliegen dieser Voraussetzung kann ihrer Natur nach nur nach dem am Orte der Hausgenossenschaft geltenden

Landesrechte beurtheilt werden; so erachtete das cit. Berlin dafür, daß nach Art. 213 des RheinBGB. die Ehefrau „der Gewalt u. Aufsicht" ihres Ehemannes i. S. der Nr. 4 unterworfen sei; dsgl. München 20. Feb., 21. Juni 78, St. 8 315, 321 (btr. Nr. 9), obschon dem Ehemanne ein Züchtigungsrecht gegen seine Ehefrau nicht zustehe; dieses mit Recht, denn der Begriff der „Gewalt" bedingt keineswegs ein körperliches Züchtigungsrecht.

Zu β deckt sich der Begriff „Hausgenossenschaft" mit dem im § 247 (das. N. 7) gebrauchten der „häuslichen Gemeinschaft"; die von Teichmann HRl. „Bettelei", Meves § 361[b] N. 6 u. v. Schwarze N. 9 aufgestellte Behauptung, daß jenes ein weiterer Begriff sei, erscheint nicht ausreichend begründet. Es handelt sich demnach um eine thatsächliche Voraussetzung.

Wegen der subsidiären Bedeutung der Vorschrift vgl. Nr. 9 N. c.

Zu Nr. 5.

a) Vorausgesetzt wird ein „Zustand der Ernährungsunfähigkeit", welcher durch die näher bezeichnete Lebensweise verursacht sein muß; der Umstand, daß Jemand Personen, die er zu unterhalten hat, zu ihrem Unterhalte nichts gegeben hat bzw. nichts geben will, genügt zur Anwendung der Nr. 5 keineswegs; RG. III 21. Feb. 80 R. 1 366. Deshalb verneinte Berlin 6. Nov. 74 O. 15 752 die Anwendung der Nr. 5 in einem Falle, wo die Unterhaltungsunfähigkeit einer Prostituirten nicht durch „Spiel, Trunk o. Müßiggang", sondern durch eine in Folge ihres unsittlichen Lebenswandels herbeigeführte syphilitische Krankheit verursacht war. Nicht verlangt wird eine solche Dauer des fr. Zustandes der Unterhaltungsunfähigkeit, daß er in der Person des Betreffenden nicht wieder aufgehoben wird (so cit. Berlin), immerhin aber erfordert er insofern eine gewisse Dauer, als er zur Inanspruchnahme fremder Hülfe durch behördliche Vermittelung geführt haben muß.

b) Der Charakter der Strafvorschrift ist ein rein polizeilicher; Rotering N. 5_1. Deshalb genügt es, wenn Jemand in den erforderten Zustand sich nicht vorsätzlich versetzt, sondern fahrlässig geräth.

Zu Nr. 6.

a) Die Strafvorschrift richtet sich vom polizeilichen Gesichtspunkte aus gegen das „Treiben" (§ 260 N. 1) „gewersmäßiger Unzucht" seitens der „Weibspersonen."

α) „Unzucht" ist hier, anders als im § 180 (das. N. 2), mit Rücksicht auf die praktische Bedeutung der Vorschrift gleichbedeutend mit „Beischlafsvollziehung", wenn sie auch die widernatürliche mitbegreift; so: Blum N. 6, Oppenh. N. 41, Rüd.-St. N. 10, auch wohl v. Schwarze N. 6; aM. Meves N. 4, der den Begriff i. w. S. nimmt. Wegen des Begriffes der „Gewerbsmäßigkeit" vgl. § 260 N. 2, 5 a, insbs. wegen des Erfordernisses, daß der Unzuchtsbetrieb mit einer nicht individuell abgeschlossenen Personenzahl in Aussicht genommen sein muß, das. N. 2_2.

β) „Weibsperson" bezeichnet an sich, wie „Frauensperson" (§ 176 N. 2), jede Person weiblichen Geschlechts, doch ist der Ausdruck entschieden deshalb gewählt, weil es der Natur der Sache nach nur um geschlechtlich bescholtene Frauenspersonen sich handelt. Auch auf Ehefrauen finden die Strafvorschriften ev. Anwendung.

b) Der erste Mischthatbestand erfordert als Subjekt speziell eine solche „Weibsperson, welche wg. gewerbsm. U. einer polizeilichen Aufsicht unterstellt ist." Unter der „polizeilichen Aufsicht" ist nicht eine ihrem Inhalte und Umfange nach vom Gesetze geregelte und ganz allgemein bei gewissen Voraussetzungen in Aussicht gestellte Maßregel zu verstehen, durch welche der von ihr betroffenen Person im voraus bestimmte und für das Herrschaftsgebiet des StGB. gültige Beschränkungen ihrer persönl. Freiheit auferlegt werden, sondern eine dem Ermessen und der Machtbefugniß der einzelnen Polizeibehörde entfließende Anordnung, auf Grund welcher sie zum Erlaß von Vorschriften berechtigt wird, die dem Zwecke der Sicherung der Gesundheit, der öffentl. Ordnung und des öffentl. Anstandes dienen müssen, im übrigen aber den Verhältnissen des Bezirks der anordnenden Behörde anzupassen sind; in der Ueberwachung der Befolgung dieser Vorschriften gipfelt die Ausführung der poliz. Aufsicht; durch die Unterstellung unter solche bringt die Polizeibehörde zum Ausdruck, daß sie den Betrieb der gewerbsm. U. seitens der btr. Weibsperson

dulden wolle; RG. IV 9. Dez. 84 E. 11 286. Diese Duldung kann selbstverständlich ihre Wirkung nur üben, sobald und soweit die Gewerbsunzucht im Bezirke der duldenden Behörde betrieben wird; daher ist unter der poliz. Auff. i. S. der Nr. 6 nur eine solche zu verstehen, die an dem Orte, wo der Betrieb der Gewerbsunzucht stattfindet, angeordnet ist; cit. RG. Ueber die Berechtigung der Unterstellung einer Weibsperson unter sittenpol. Kontrolle steht den Gerichten ein Prüfungsrecht nicht zu; Colmar 29. Juli 81 Franz Rechtspr. 1 24; vgl. ferner Cöln OLG. 18. Apr. 90 G. 38 364. Strafbar ist die seitens einer solchen Weibsperson begangene „Zuwiderhdlg." (§ 360 [12] N. a) gegen „polizeiliche Vorschriften", welche in Hinsicht auf den Betrieb der gewerbsm. U. erlassen sind, „zur Sicherung" (vgl. § 327 N. 3) der „Gesundheit, der öffentlichen Ordnung" (vgl. Th. II Abschn. 7 N. 1) und des „öffentlichen Anstandes." Es handelt sich sonach um ein sog. Blankettstrafgesetz (§ 145 N. 1) mit partikularrechtlicher Norm. Daß letztere genereller Natur sein müsse, ist nicht gesagt; es sind deshalb auch individuelle Vorschriften nicht für zulässig zu erachten; so: Berner S. 683, Meves N. 8, auch Berlin 8. Feb. 77 O. 18 112, insofern es eine öffentl. Publikation der Vorschriften, wie bei PolVerordnungen, nicht für erforderlich, sondern Bekanntmachung an die einzelne Weibsperson für ausreichend erachtet; aM.: Oppenh. N. 38, Rotering N. 6_1. Inhaltlich können die Vorschriften Verbote oder auch Gebote enthalten, so daß die Zuwiderhdlgen je nachdem durch Hdlgen oder durch Unterlassungen verübt werden können (§ 1 N. 3 a, b), und zwar bei dem polizeilichen Charakter des Deliktes (N. a) in jedem Falle auch durch fahrlässige (Abschn. 29 N. 2_2); Rotering N. 6_1. Uebrigens darf nach der über den Inhalt der Vorschriften gegebenen Direktive die gewerbsm. U. nicht etwa landesrechtlich überhaupt verboten werden; Kayser HH. 4 42. Welche Polizeibehörde zum Erlasse der fr. Vorschriften zuständig ist, entscheidet sich nach Landesrecht.

c) Der zweite Mischthatbestand erfordert lediglich den Betrieb gewerbsm. U. (a) seitens einer solchen Weibsperson, die einer poliz. Auff. wegen gewerbm. U. nicht unterstellt ist. Der Umstand, daß sie wegen der Gemeingefährlichkeit der gewerbm. U. polizeilich überwacht wird, schließt eine Bestrafung aus dieser Alternative nicht aus; Wolfenbüttel 30. Mai 76 St. 6 381.

Zu Nr. 7.

a) Subjekt der Uebertr. ist eine „aus öffentlichen Armenmitteln Unterstützung empfangende" Person. „Oeffentliche Armenmittel" sind nicht blos die nach § 2 des G. über den Unterstützungswohnsitz vom 6. Juli 1870 seitens der Orts- und bzw. Landarmenverbände bewilligten, sondern alle seitens einer öffentl. Behörde gewährten Armenmittel (vgl. auch § 3 [3] des RTWahlG. v. 31. Mai 1869 „Armenunterstützung aus öffentl. o. Gemeinde-Mitteln"); Oppenh. N. 47, v. Schwarze N. 7.

b) An eine derartige Person muß von der nach Landesrecht zuständigen (Oppenh. N. 48, Rubo N. 14), „Behörde" (§ 114 N. 1) ein Gebot, gerichtet auf Verrichtung einer bestimmten, „ihren Kräften angemessenen" (§ 16 N. 6) Arbeit ergangen sein. Es steht somit ein Unterlassungsdelikt in Frage (Aldosser Unterlassungsdel. S. 132, Rotering N. 7_1), das der allgemeinen Regel entsprechend (§ 1 N. 3 b) auch durch eine Hdlg. verübt werden kann; keinesfalls ist aber hiernach eine ausdrückliche „Weigerung" erforderlich; so auch Rotering aO.

c) Die Unterlassung (b) ist nur dann strafbar, wenn sie auf einem bestimmten Motive beruht, das hier ausnahmsweise als Deliktsmerkmal verwerthet worden ist; Rotering N. 7_2. Jenes Motiv ist die „Arbeitsscheu"; eine hierauf beruhende Weigerung liegt nicht vor, wenn der Almosenempfänger die ihm zugewiesene Arbeit deshalb nicht verrichtet, weil er eine andere ihm mehr zusagende, gleich einträgliche Arbeit hat, mag dieselbe auch nicht im Stande sein, ihn zu ernähren; desgleichen nicht, wenn er annimmt, daß die ihm angewiesene Arbeit seine Kräfte übersteige; Berner S. 684, Rüd.-St. N. 14.

d) Da ein Unterlassungsdelikt vorliegt (b), so ist bei dessen polizeilicher Natur (§ 139 N. 12) an sich auch die fahrlässige Uebertretung strafbar; bei der Eigenthümlichkeit des Thatbestandes kann die Fahrlässigkeit jedoch nur darin hervortreten, daß die Ausführung der aufgetragenen Arbeit nicht absichtlich, sondern fahrlässig verabsäumt wird; nach Rotering N. 7_1 soll sie auch in der irrthümlichen Unterschätzung der Kräfte liegen können; allein in

dem Falle würde das erforderliche Motiv (c) nicht vorhanden u. deshalb der Thatbestand ausgeschlossen sein.

Zu Nr. 8.

a) Subjekt der Uebertr. ist eine Person, die „ihr bisheriges Unterkommen verloren" hat. Die Strafthat selbst besteht in dem „Nicht-Verschaffen eines anderweitigen Unterkommens" und zwar „innerhalb der von der zuständigen Behörde bestimmten Frist", d. h. entgegen dem behördlichen auf Verschaffung eines Unterkommens gerichteten Gebote; Alboffer Unterlassungsdel. S. 132, Seligsohn G. 28 220. Demnach steht ein Unterlassungsdelikt in Frage, bei dessen polizeilicher Natur (§ 139 N. 12) auch die blos fahrlässige Zuwiderhdlg. strafbar ist (Abschn. 29 N. 2[3]); Rotering N. 8.

Die Fristbestimmung muß übrigens individuell für den Einzelfall erlassen sein „nach Verlust des bisherigen Unterkommens"; Oppenh. N. 52, Rotering N. 8. Die Bemessung der Dauer der Frist ist lediglich Sache der „zuständigen Behörde" (§§ 110 N. 20, 114 N. 1) und unterliegt der richterlichen Kritik nicht; Berlin KG. 13. Apr. 85 Jahrb. 5 347. Welche Behörde zuständig sei, bestimmt sich nach Landesrecht; im Geltungsgebiete des PrG. v. 11. März 1850 ist die Ortspolizeibehörde zuständig, mit der Befugniß, das Recht generell o. speziell auf einen untergebenen Beamten zu delegiren; so das cit. Berlin KG. Ueber die Zuständigkeit in Bayern vgl. München 19. Okt. 77 St. 8 314.

b) Was den Begriff des „Unterkommens" anbetrifft, so wird meist angenommen, daß nach dem Zwecke und der Entstehungsgeschichte der Strafvorschrift darunter nicht blos das Vorhandensein einer Wohnung zu verstehen sei, sondern daß auch die zum Lebensunterhalte nothwendigen Mittel einzubegreifen seien; so: Berlin 21. Feb. 73, München 19. Okt. 77, St. 2 250, 8 314, Berner S. 684, v. Kirchmann N. 8, Puchelt N. 8, Oppenh. N. 53. Dem Wortlaute gegenüber erscheint dies jedoch als eine unzulässige Analogie (§ 2 N. 4); es ist deshalb der Ausdruck ausschließlich von Obdach zu verstehen (vgl. FreizügigkeitsG. § 1[1] „eigene Wohnung o. ein Unterkommen"); so Rotering N. 8 (nur in Bezug auf ein solches könne man vom „Verlieren" und „Verschaffen" sprechen).

Nach dem Gesetzestexte ist ferner nur von dem „Unterkommen" desjenigen selbst, an den das Gebot sich richtet, die Rede; auch bei einem Familienvater handelt es sich nur um Beschaffung seines Unterkommens, nicht zugleich auch um dasjenige seiner Familie; so: Oppenh. N. 55, Rotering N. 8; aM.: Dresden 11. Jan. 75 St. 6 69, Berner S. 685, während v. Schwarze N. 8 die Frage nicht beantwortet.

c) Obschon nicht nur die vorsätzliche, sondern auch die fahrlässige Zuwiderhdlg. strafbar ist (a), so ist doch immer behufs Bestrafung eine Schuld erforderlich; bei fehlender Schuld ist auch dieses Polizeidelikt ausgeschlossen, deshalb namentlich dann, wenn der zur Beschaffung des Unterkommens Aufgeforderte „solches sich zu verschaffen den von ihm angewandten Bemühungen ungeachtet nicht vermocht hat." Es entspricht dieses lediglich den allgemeinen Grundsätzen (Th. I Abschn. 4 N. 2). Ausnahmsweise hat jedoch das Gesetz dem Angeklagten die Beweislast für diesen Schuldausschließungsgrund auferlegt; denn nach dem Wortlaute des Gesetzes (vgl. dagegen § 186; das. N. 10) hat er den Nachweis zu führen, d. h. die Beweismittel zu benennen und derartig zu bezeichnen, daß der Beweiserhebung nichts entgegen steht. Es ist somit im Gesetze eine Schuldpräsumtion aufgestellt, die nur durch den vom Angeklagten zu erbringenden Beweis widerlegt werden kann (bei der Natur des Strafprozesses werden dazu allerdings unter Umständen auch die eigenen Auslassungen des Angekl. ausreichen können); so: Binding Normen 2 610, Schmid Präsumtionen S. 72, auch Löning S. 30 u. Rotering N. 8, die allerdings unzutreffend nur von einer Präsumtion der Fahrlässigkeit sprechen. AM. Oppenh. N. 58, der annimmt, daß dem Angekl. formell eine Beweislast nicht auferlegt sei.

Zu Nr. 9.

a) Bezüglich des Thatbestandes gilt zunächst das betreffs des dritten Mischthatbestandes der Nr. 4 (das. zu d) Bemerkte; denn auch hier handelt es sich, wie dort, um das „Unterlassen" des „Abhaltens" ebenderselben Personen von der Begehung bestimmter strafb. Hdlgen

(es sind die Erfordernisse nur formell in etwas anderer Weise, sachlich aber gleichlautend formulirt).

Unter den gewaltuntergebenen Personen sind lediglich die „Kinder“ hervorgehoben und zwar der praktischen Wichtigkeit wegen, wie auch die Bestimmung des § 55_1 (das. N. 1) zum Erlaß dieser Vorschrift den Anlaß gab; der Relativsatz („welche ... gehören“) bezieht sich deshalb auch auf die Kinder; Oppenh. N. 64, v. Schwarze N. 9. Bei dieser Sachlage erscheint es ohne erhebliche praktische Bedeutung, wenn meist (vgl.: Meves N. 2, Oppenh. N. 31, v. Schwarze N. 9 A. 2) angenommen wird, daß hier mit dem Ausdrucke „Kinder“ das Verwandtschaftsverhältniß bezeichnet werde, nicht aber, wie in Nr. 4 (das. N. c) das kindliche Lebensalter; richtiger und namentl. den Gedanken der Motive zur StGN. Art. I § 55 entsprechender erscheint es jedoch, unter „Kindern“ auch hier im kindlichen Lebensalter stehende Personen zu verstehen, also auch solche die nicht eigene des Vorstehers der Hausgenossenschaft sind, während umgekehrt erwachsene Söhne und Töchter desselben den „anderen Personen“ zuzuzählen sind. Richtig wird angenommen — und das ist das praktisch wichtige —, daß die Zurechnungsfähigkeit des Kindes hier so wenig wie in Nr. 4 die Strafbarkeit des Gewalthabers ausschließt; Berner S. 686, Hälschner I 220 N. 3, Meves N. 2, Rüd.-St. N. 9, v. Schwarze N. 9.

b) Der Unterschied gegenüber dem btr. Mischthatbestande der Nr. 4 liegt lediglich darin, daß statt des „Bettelns“ bestimmt bezeichnete andere strafb. Hdlgen in Frage kommen; eine weitere analoge Ausdehnung ist unzulässig (Meves N. 12), doch ist eine gesetzl. Ausdehnung erfolgt im § 6_2 des G. btr. den Schutz der Singvögel v. 22. März 1888.

α) „Diebstähle“, und zwar nicht blos die aus §§ 242 ff. strafbaren, sondern alle, wenn auch nach einer milderen Strafandrohung strafbare, unter den Deliktsbegriff des Diebst. fallenden Hdlgen; so: München 10. Mai 78 St. 8 318, Meves N. 13, Oppenh. N. 65, Rüd.-St. N. 9, v. Schwarze N. 9; aM. Rubo N. 18.

β) „Strafbare Verletzungen“ (vgl. § 145 N. 3) gewisser „Gesetze“, mögen dieselben Theile des StGB. (vgl. insbs. §§ 292 ff., 368^{10}; 370^4, 296) bilden oder besondere Reichs- bzw. Landesgesetze sein; Meves N. 12.

Trotz des Ausdruckes zu β ist es übrigens, so gut wie im Falle zu α, gleichgültig, ob Bestrafung der gewaltuntergebenen Person eintritt oder aus irgend einem Grunde — z. B. auch wegen Nichtvollendung des zwölften Lebensjahres (a) — ausgeschlossen ist (vgl. Th. I Abschn. 3 N. 6); Meves N. 11.

c) Die ganze Strafvorschrift ist nur eine subsidiäre (§ 73 N. 13), so daß von Anwendung derselben keine Rede ist, wenn die Eltern etwa in Gemeinschaft mit den Kindern (§ 47) eines Diebstahls sich schuldig machen, bzw. dieselben dazu angestiftet haben (§ 48); Berner S. 686, Oppenh. N. 67, v. Schwarze N. 9. Dagegen kann sehr wohl mit Hehlerei aus § 259 Realkonk. (§ 74) eintreten; Meves N. 10.

d) In Folge der salvatorischen Klausel am Schlusse der Nr. 9 kommen eventuell die in Nr. 9 aufrecht erhaltenen Vorschriften über die „Haftbarkeit“ neben der Strafe aus Nr. 9 zur Anwendung; so: Oppenh. N. 68, Leverkühn G. 38 301, Engels ZfStRW. 12 138; aM. Meves N. 14, nach dem die Anwendbarkeit der Nr. 9 ausgeschlossen sein soll, sobald wegen Haftbarkeit einzuschreiten sei.

Schlußnote. Wegen Strafe, Verjährung und Zuständigkeit vgl. Abschn. 29 N. 8 (insbs. btr. Nr. 9 das. c), 9 u. 10 sowie btr. der Nr. 3—8 auch § 362.

§. 362.

Die nach Vorschrift des §. 361 Nr. 3 bis 8 Verurtheilten können zu Arbeiten, welche ihren Fähigkeiten und Verhältnissen angemessen sind, innerhalb und, sofern sie von anderen freien Arbeitern getrennt gehalten werden, auch außerhalb der Strafanstalt angehalten werden.

Bei der Verurtheilung zu Haft kann zugleich erkannt werden, daß die verurtheilte Person nach verbüßter Strafe der Landespolizeibehörde zu über-

weisen sei. Die Landespolizeibehörde erhält dadurch die Befugniß, die verurtheilte Person entweder bis zu zwei Jahren in ein Arbeitshaus unterzubringen oder zu gemeinnützigen Arbeiten zu verwenden. Im Falle des §. 361 Nr. 4 ist dieses jedoch nur dann zulässig, wenn der Verurtheilte in den letzten drei Jahren wegen dieser Uebertretung mehrmals rechtskräftig verurtheilt worden ist, oder wenn derselbe unter Drohungen oder mit Waffen gebettelt hat.

Ist gegen einen Ausländer auf Ueberweisung an die Landespolizeibehörde erkannt, so kann an Stelle der Unterbringung in ein Arbeitshaus Verweisung aus dem Bundesgebiete eintreten.

PrStGB. §§ 120, 341 Abs. 2. Entw. I § 350 Abs. 2—4, II § 358.
Aktenst. Nr. 105, 124 I 2. StB. S. 762—764.

Nach Art. II des oben S. 743/4 mitgetheilten Gesetzentwurfes (Drucks. Nr. 713) soll § 362 folgende Fassung erhalten:

Abs. 1: gleichlautend, wie bisher.

Abs. 2: Bei der Verurtheilung zur Haft kann zugleich auf die im §. 16a vorgesehenen Strafschärfungen sowie darauf erkannt werden, dass die verurtheilte Person nach verbüsster Strafe der Landespolizeibehörde zu überweisen sei. Durch die Ueberweisung erhält die Landespolizeibehörde die Befugniss, die verurtheilte Person entweder bis zu zwei Jahren in ein Arbeitshaus unterzubringen oder zu gemeinnützigen Arbeiten zu verwenden. Im Falle des §. 361 Nr. 4 ist dies jedoch nur dann zulässig, wenn der Verurtheilte in den letzten drei Jahren wegen dieser Uebertretung mehrmals rechtskräftig verurtheilt worden ist, oder wenn derselbe unter Drohungen oder mit Waffen gebettelt hat. Im Falle des §. 361 Nr. 9 kann die Landespolizeibehörde die verurtheilte Person statt in ein Arbeitshaus in eine Besserungs- oder Erziehungsanstalt oder in ein Asyl unterbringen.

Abs. 3: gleichlautend, wie bisher.

Zu Absatz 1. N. 1.

1) Absatz 1 enthält eine Ausnahme von dem Prinzip des § 18_2 (das. N. 4); die aus den Nr. 3—8 Verurtheilten sollen, wie die zur Gefängnißstrafe Verurtheilten nach § 16_2, zur Arbeit angehalten werden können, ohne daß ihnen jedoch ein Recht auf Arbeit (das. N. 5) eingeräumt ist. Unter der bei jeder Außenarbeit Gefangener (vgl. §§ 15_2, 16_3) gestellten Bedingung der Trennung von anderen freien Arbeitern können die Arbeiten auch „außerhalb der Anstalt" stattfinden, und zwar — hier wie bei den Zuchthaussträflingen — selbst ohne die Zustimmung der Verurtheilten.

Zu Absatz 2 u. 3. N. 2—4.

2) Die Abs. 2 u. 3 statuiren die Zulässigkeit einer eigenthümlichen Nebenstrafe (Th. I Abschn. 1 N. 3b, 10), indem „bei der Verurtheilung zur Haft" zugleich „erkannt" — d. h. im entscheidenden Theil des Urtheils verfügt — werden kann: die „Ueberweisung des Verurtheilten nach verbüßter Strafe an die LPB." (identisch mit der „höheren LPB." des § 38); der Strafcharakter dieser Maßregel muß aus denselben Gründen angenommen werden wie bei dem Aussprechen der ZulvPolAuff. (§ 38 N. 1); hiergegen kann auch der Wortlaut nicht geltend gemacht werden; denn die Worte „nach verbüßter Strafe" bedeuten nichts anderes als „nach verbüßter Haftstrafe"; so: v. Liszt S. 273ff., Merkel S. 222, H. Meyer S. 432f., Schütze S. 80, Oppenh. N. 5, auch v. Hippel Korrektionelle Nachhaft (Freiburg 1889) S. 100, jedoch zugleich S. 101 betonend, daß zwischen der Ueberweisung und der Nachhaft selbst nicht unterschieden werden dürfe, da dieselben eng zusammengehörten; aM.: Berner S. 220 (polizeil. Nachhaft), Binding Grundr. S. 165f. (Polizeimaßregel), Rotering N. 1_1 (Präventivmaßregel), während Hälschner I 629 vermittelnd die Ueberweisung für eine Administrativmaßregel und zugleich für eine Nebenstr. erklärt, u. v. Schwarze S. 80 sie für eine „Nebenstr. o. (richtiger) Nachstr. poliz. Natur" erachtet.

Da es um eine Strafe sich handelt, so gilt betreffs der Möglichkeit einer Begnadigung das in N. 1_3 zum § 38 Bemerkte entsprechend; aM. konsequent Binding I 874 sowie

Grundr. S. 150, der eine Begnadigung nicht für zulässig hält, im Falle erfolgter Begnadigung hinsichtlich der Haftstr. aber § 38_3 analog anwendet; letzterem ist beizutreten; aM. jedoch Rubo N. 3, nach dem die Befugniß der LPB. auch schon bei nur theilweisem Erlaß der Haftstr. erlöschen soll.

Die **Verjährung** der Vollstreckung der Nebenstr. tritt zugleich ein mit derjenigen der Haftstr.; § 70 N. 5_3.

3) Aus der erkannten Ueberweisung erwächst der LPB. — und zwar nach Nr. 2 des in N. 8 zum § 38 cit. Bundesrathsbeschl. v. 16. Juni 1872 „desjenigen Bundesstaates in welchem die Verurtheilung erfolgt ist" — die „**Befugniß**" (d. h. das Recht; § 123 N. 14), den Verurtheilten:

a. bis zu zwei Jahren entweder in ein Arbeitshaus unterzubringen oder zu gemeinnützigen Arbeiten zu verwenden (so richtiger statt der auf einem Redaktionsfehler beruhenden Fassung des Gesetzes „entweder bis zu 2 J. . . . oder"; Oppenh. N. 5, Puchelt §§ 361, 362 N. 9, Sontag G. **19** 296; vgl. auch: Binding **1** 854, Hälschner **1** 630);

b. wenn er „Ausländer" ist (§ 8 N. 3a), nach Wahl statt der Unterbringung in ein Arbeitshaus aus dem Bundesgebiete zu verweisen (§§ 39[2], 361[2]).

Die präklusivische Frist von zwei Jahren (a) ist nicht nur auf die Dauer der zulässigen **Korrektionshaft** zu beziehen, sondern bezeichnet zugleich die Dauer der **Vollstreckungsbefugniß**, so daß die Nachhaft auf einen späteren Zeitraum als 2 Jahre nach Verbüßung der Haft unter keinen Umständen sich erstrecken kann; es entspricht das auch dem Charakter der Nebenstr., deren Wirkungen spätestens mit der Verbüßung der Hauptstr. beginnen; so B. des PrMinisters des Innern v. 27. Juli 1875 (PrBMBl. S. 182) sowie ferner: Hälschner **1** 630, Oppenh. N. 5, Rubo N. 3, Rüd.-St. N. 3, v. Hippel aO. S. 114; aM. v. Schwarze N. 2 A. 2, insofern er für den Fall, daß die Ueberweisung, z. B. wegen Latitirens o. Verbüßung einer anderen Strafe, nicht erfolgen **konnte**, eine Erstreckung der Frist annimmt. Wird zugleich wegen einer anderen Uebertr. eine Haftstrafe erkannt, imUrtheile aber eine Gesammtbetragsstrafe (§ 77 N. 2) ausgesprochen, so kann freilich die Frist erst nach Verbüßung dieser Strafsumme beginnen, weil die darin enthaltene Haftstrafe aus Nr. 3—8 auch erst mit dem letzten Tage als verbüßt gelten kann.

Auch für die „Ausweisung des Ausländers" (b) gilt die 2jährige Frist in gleichem Sinne, d. h. die Ausweisung muß innerhalb der 2 Jahre geschehen und ist darüber hinaus wirkungslos; so: Hälschner **1** 630, Oppenh. N. 15; aM.: Hamburg (OLG.) 10. Sept. 90 G. **39** 77, Dresden (OLG.) 29. Jan. 91 SächsA. **12** 318, Schütze S. 80, Rüd.-Stengl. N. 3, v. Schwarze N. 7, auch das in N. 4 zum § 39 cit. Cirkularschr. des RKanzleramts v. 8. Okt. 1873.

Innerhalb der Frist ist jedoch ein Wechsel nach beiden Richtungen gestattet; es kann deshalb z. B. die Ueberweisung ausgesprochen, aufgehoben und wieder ausgesprochen bzw. statt derselben die Verweisung aus dem Bundesgebiete verfügt werden; Berner S. 221, Oppenh. N. 7.

4) Im Falle des § 361[4] (Bettelei 2c.) ist die Ueberweisung an die LPB. nur zulässig, wenn der Verurtheilte:

a) entweder „**rückfällig**" ist, freilich in einem besonderen Sinne (vgl. § 244 N. 1 Ib, 2), indem er „in den **letzten** 3 J. wegen **dieser** Uebertr. (d. h. irgend einer Alternative der Nr. 4) **mehrmals** (d. h. mindestens 2 Mal — § 47 N. 1 —; so auch RG. III 11. Dez. 80 A. **3** 31) **rechtskräftig** (§ 30 N. 2) **verurtheilt**" sein muß (ohne daß es eines Vollzuges der Strafen bedarf; so die GM.), d. h. die Rechtskraft mindestens zweier aus Nr. 4 verurtheilender Urtheile muß innerhalb der 3 letzten Jahre vor der neuen Urtheilsfällung eingetreten sein, mag auch das erste jener beiden Urtheile bereits **vor** Beginn der 3 J. verkündet sein. Uebrigens kann die Ueberweisung eines Bettlers an die LPB. auch dann ausgesprochen werden, wenn innerhalb der letzten 3 J. bereits wegen Bettelns eine solche Ueberweisung erkannt, auch die Detention verhängt worden war, seit jenem Urtheile aber **mehrere** neuere Verurtheilungen wegen Bettelns nicht ergangen waren; RG. III 23. Dez. 82 E. **7** 431;

b) oder „**gebettelt**" (d. h. gegen die erste Alternative der Nr. 4 verstoßen) hat und zwar unter gewissen **straferhöh. Umst.** i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295, nämlich

α. entweder „unter Drohungen" (§ 48 N. 12a), die hier nicht solche mit strafb. o. verbotenen Hdlgen zu sein brauchen (so Rotering N. 1,; aM. Binding Normen 2 527 N. 757);

β. oder „mit Waffen"; daß „Waffen" hier im techn. Sinne (vgl. § 127 N. 2a) zu verstehen seien, wird nicht anzunehmen sein; so: Oppenh. N. 11, Rotering N. 1₂; vgl. auch RG. I 22. Nov. 88 R. 10 683 (gelegentlich); aM. Rubo N. 4. Es gilt deshalb das in N. 25 zum § 123 Bemerkte entsprechend, weshalb es nicht erforderlich erscheint, daß die Waffe in äußerlich erkennbarer Weise geführt wurde (so jedoch Oppenh. N. 11); das straferhöh. Moment ist vielmehr die objektive Gefährlichkeit.

§. 363.

Wer, um Behörden oder Privatpersonen zum Zwecke seines besseren Fortkommens oder des besseren Fortkommens eines Anderen zu täuschen, Pässe, Militärabschiede, Wanderbücher oder sonstige Legitimationspapiere, Dienst- oder Arbeitsbücher oder sonstige auf Grund besonderer Vorschriften auszustellende Zeugnisse, sowie Führungs- oder Fähigkeitszeugnisse falsch anfertigt oder verfälscht, oder wissentlich von einer solchen falschen oder verfälschten Urkunde Gebrauch macht, wird mit Haft oder mit Geldstrafe bis zu einhundertfunfzig Mark bestraft.

Gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher zu demselben Zwecke von solchen für einen Anderen ausgestellten echten Urkunden, als ob sie für ihn ausgestellt seien, Gebrauch macht, oder welcher solche für ihn ausgestellte Urkunden einem Anderen zu dem gedachten Zwecke überläßt.

PrStGB. § 254. Entw. I § 250, II § 359. Entw. d. StGN. Art. I § 363. Aktenst. 1875/76 Nr. 54

Im allgemeinen. N. 1—8.

1) Nachdem noch der Entw. I daran festgehalten hatte, den Inhalt des PrStGB. § 254 wörtlich an der entsprechenden Stelle, d. h. im Abschn. 23 (als § 250), wiederzugeben, nahm der Entw. II davon Abstand, die gedachte Bestimmung in den Abschn. 23 einzustellen, und zwar — ausweislich der Motive zum § 262 (StGB. § 267) — weil das „lediglich behufs des besseren Fortkommens geschehene Fälschen von Legitimationspapieren in Rücksicht auf diesen Zweck als ein milderer Fall der Urkfälschung sich darstelle, weshalb er in den Uebertretungsabschn. verwiesen worden sei." Dem ist auch das StGB. selbst gefolgt, woraus die Konsequenz sich ergiebt, daß die Regelung der Materie der Urkflschg. i. S. des EG. § 2₁ nunmehr im Abschn. 23 (das. N. 1) in Verbindung mit § 363 erfolgt ist; so außer Binding 1 321 (vgl. auch Normen 1 350) Rotering N. 1 u. 4; auch die Rechtsprechung des RG. nimmt an, daß zwischen den Thatbeständen der §§ 267 bzw. 270 und des § 363 weder hinsichtlich des Gegenstandes der Fälschung, noch hinsichtlich der Willensrichtung ein begrifflicher Unterschied obwalte; so insbs. III 15. Feb. 83, 18. Feb. 84, II 29. Sept. 85, IV 21. Nov. 85, 4. Feb. 90, E. 8 37, 10 162, 12 385, 13 65, 20 229. Aus dem Begriffe des Betruges (§ 263) sollte dagegen an sich ein engerer Thatbestand nicht ausgeschieden werden; RG. II 8. Apr. 92 E. 23 43; vgl. jedoch u. N. 6b.

2) Aus dem in N. 1 Mitgetheilten ergiebt sich zunächst hinsichtlich der Gegenstände der Fälschung, daß letztere Urkunden im juristisch techn. Sinne (§ 267 N. 3) betreffen muß; so die GM., insbs., außer den citt. Entsch. des RG., Berlin 14. Nov. 73 (nicht 72) St. 3 235; aM. Oppenh. N. 5, der annimmt, daß ein Theil der im § 363 aufgezählten Schriftstücke, insbs. die Dienst-, Arbeitsbücher, Zeugnisse ꝛc. (u. N. 3b, c) Urkqualität nicht zu haben brauchten. Es kommen als Objekte der Fälschung übrigens nicht nur Privaturk., sondern auch öffentliche Urk. in Betracht (so die GM.), weshalb wenn ein Beamter ein als öffentl. Urk. sich darstellendes Legitimations-ꝛc. Papier unrichtig ausstellt, § 348 (das. N. 8 I b) Anwendung findet; Berner S. 688. Die öffentl. Urk. brauchen nicht inländische zu sein, sie können ebensowohl auch ausländische sein (§ 267 N. 6); vgl. die

citt. RG. III 15. Feb. 83 u. 18. Feb. 84 btr. eines von einer ausl. Gemeindebehörde beglaubigten Arbeitszeugnisses bzw. eines Zeugnisses der belgischen Staatsbehörde. Alle diese Urk. müssen „rechtserhebliche" sein, da die Rechtserheblichkeit ein allgemeines Erforderniß aller Urk. ist (§ 267 N. 3c, 4_2); Hälschner 2 528, insbs. N. 1. Dagegen ist es nicht nothwendig, daß die im § 363 gedachten Privaturk. auch beweiserheblich seien; das im § 267 (das. N. 4_1) aufgestellte besondere Erforderniß der Beweiserheblichkeit ist hier nicht wiederholt; sie können beweiserheblich sein, sie müssen es aber nicht; RG. IV 4. Feb. 90, Berner S. 687, Hälschner 2 532, 548 f., Meves N. 4; aM. RG. I 23. Nov. 91 E. **22** 225.

3) Für den Thatbestand des § 363 kommen drei bestimmte Kategorieen von Urkunden, und zwar durchweg schriftlichen Urk. (§ 267 N. 3a, 18 ff.), in Betracht, derartig daß der §., falls eine außerhalb dieses Kreises liegende Urk. Gegenstand der Flschg. ist, keine Anwendung finden kann, selbst wenn alle sonstigen Requisite vorliegen; Meves N. 1a.

a) „Legitimationspapiere", insbs. „Pässe, Militärabschiede, Wanderbücher." Unter jenem, durch keinen Beisatz beschränkten, noch anderweit deklarirten Ausdruck hat man „amtlich ausgestellte, zum Ausweise einer Person bestimmte Bescheinigungen" zu verstehen; RG. II 29. Sept. 85 E. **12** 385 (deshalb seien insbs. auch die von den Pfarrern aus den die Personenstdsregister darstellenden Kirchenbüchern ertheilten Tauf- bzw. Geburtsscheine, welche die Eigenschaft öffentl. Urk. hätten, u. zum Ausweise der wichtigsten Beziehungen einer Person dienten, für Legitimationspapiere anzusehen). Es handelt sich hiernach bei dieser Kategorie durchweg um öffentl. Urk.; Oppenh. N. 3, 4, ferner Meves N. 4 (die urkundl. Erklärung einer Privatperson, wenn sie auch zur Legitimirung einer anderen Person dienen solle, erlange nicht die Bedeutung eines Legitimationspapieres i. S. des § 363, selbst wenn die Echtheit amtlich beglaubigt sei, die Beglaubigg. sich aber nicht auf den Inhalt beziehe).

b) „Auf Grund besonderer Vorschriften auszustellende Zeugnisse", insbs. „Dienst- o. Arbeitsbücher", sowie

c) „Führungs- u. Fähigkeitszeugnisse."

„Zeugnisse" können nur über die Person eines Anderen bzw. über auf diese sich beziehende Thatsachen ausgestellt werden; Berner S. 688, Meves N. 7, Oppenh. N. 7. Es ergiebt sich hieraus in Verbindung mit dem zu a Bemerkten, daß — wie auch die GM. anerkennt — durchweg nur urkundliche Bescheinigungen gemeint sind, welche zum Ausweise einer Person über deren persönliche Verhältnisse dienen sollen, so daß § 363 z. B. keine Anwendung finden kann auf Atteste, welche die Rechtmäßigkeit des Besitzes an lebenden o. leblosen Sachen (Pferden, Wildpret, Holz) zu bescheinigen bestimmt sind; RG. II 2. Apr. 86 R. **8** 247, Berlin 6. Nov. 73 O. **14** 688; ebensowenig auf in Gemäßheit des BZG. § 119 ausgestellte Legitimationsscheine; RG. II 28. Dez. 89 G. **37** 436. Im einzelnen ist noch hervorzuheben:

Zu b). Da die Zeugnisse auf „Grund besonderer Vorschriften" ausgestellt sein müssen, so kann Bestrafung aus § 363 nicht stattfinden, sowohl wenn es an solchen besonderen Vorschriften fehlt (so RG. II 8. Juli 90 E. **21** 56 btr. der Zustimmung eines Vaters zum Gesindedienste seines minderj. Kindes), als auch wenn die btr. Zeugnisse außerhalb der Grenzen der Vorschriften stehen; Berner S. 687. Im übrigen ist es gleichgültig, ob die „besonderen Vorschriften" der Reichs- o. der Landesgesetzgbg. angehören; Meves N. 5. Reichsgesetzliche Vorschriften sind z. B. enthalten in den §§ 107 ff. der GewerbeO. über die Ausstellung von „Arbeitsbüchern"; vgl. ferner § 3 der auf Grund des G. btr. den Gewerbebetrieb der Maschinisten auf Seedampfschiffen v. 11. Juni 1878 i. V. mit GewerbeO. § 31 erlassenen Bekanntmachung des Rkanzlers v. 30. Juni 1879 (CentralblfdDR. S. 427); auf Grund dieser Bestimmung wurde ein einem Maschinisten über zurückgelegte Fahrzeit auf einem Seedampfschiffe ausgestelltes Zeugniß von RG. III 18. Feb. 84 E. **10** 162 als ein Zeugniß der oben gedachten Art angesehen, zugleich mit Rücksicht darauf, daß die Ausstellung seitens einer (ausl.) Staatsbehörde erfolgt war, als „öffentl. Urk." wodurch die Ansicht von Meves N. 5 sich widerlegt, daß hier — im Gegensatz zu a — nur von Privatpersonen ausgestellte Zeugniß gemeint seien.

Zu c). Die Zeugnisse, die sowohl öffentl. als auch Privaturkunden sein können (Meves

N. 8), kommen hier nicht nur in Betracht, wenn sie auf Grund „besonderer Vorschriften" ausgestellt sind (vgl.: GewerbeO. §§ 113, 129, SeemannsO. § 17), sondern überhaupt.

4) In subjektiver Beziehung erfordert § 363 mit den Worten „um Behörden o. Privatpersonen ... zu täuschen" entschieden eine „rechtswidrige Absicht" i. S. des § 267 (das. N. 46), das hat auch das **RG.** in verschiedenen Entscheidungen (III 18. Feb. 84, II 29. Sept. 85, IV 4. Feb. 90, E. **10** 162, **12** 385, **20** 229) anerkannt, desgl. Berlin 24. März 76 O. **17** 215 wie auch Hälschner **2** 549 u. v. Liszt S. 552; unrichtig deshalb Meves N. 1 b (es könne im Einzelfalle zweifelhaft sein, ob nicht die im § 363 erforderte Absicht den Charakter der Rechtswidrigkeit trage), ferner Oppenh. N. 1, der Gesetzgeber habe in der im § 363 erforderten Absicht allein weder eine rechtswidrige (§ 267), noch eine auf Erlangung eines Vermögensvortheils (§ 268) gerichtete Absicht gefunden.

Wenn aber die rechtswidrige Abs. dahin sich konkretisirt, daß der Thäter „zum Zwecke seines besseren Fortkommens oder des besseren Fortkommens eines Anderen" handelte, so sollen nicht die härteren Strafen des Abschn. 23, sondern nur die Uebertretungsstrafen Anwendung finden. Deshalb ist es im Ausdrucke verfehlt, wenn **RG.** IV 21. Nov. 85 E. **13** 65 gegenüber einer aus § 363 erfolgten Bestrafung lediglich als fraglich bezeichnet, ob der Instanzrichter dadurch rechtlich geirrt habe, daß er in der festgestellten Absicht des Angekl. die „rechtsw. Abs. i. S. des § 363" nicht gefunden habe; ähnlich das cit. Berlin „es bedürfe zur Erfüllung des zur Anwendung des § 267 erforderlichen Thatbestandsmerkmals noch der Feststllg. einer anderen rechtsw. Abs. als der im § 363 bezeichneten". Umgekehrt bedarf es vielmehr behufs Anwendung des § 363 noch einer weiteren Feststllg., nämlich daß die allgemein bei jeder Urkflschg. erforderliche rechtsw. Abs. durch Verfolgung des oben bezeichneten Zweckes in einer als strafmildernd angesehenen Weise sich konkretisirt habe (vgl. § 313_3).

5) Während noch der Entw. I § 250, im Anschluß an PrStGB. § 254, ausdrücklich die Anwendung des milderen Strafgesetzes von dem Ausschluß der Absicht „sich o. Anderen Gewinn zu verschaffen oder Anderen Schaden zuzufügen" abhängig machte, hat der Entw. II und demselben folgend auch § 363 StGB. dieses negative Erforderniß fallen lassen und die subjektive Seite des Thatbestandes lediglich, wie in N. 4 hervorgehoben, charakterisirt. Demgemäß ist die Straffanktion des § 363 eine privilegirte nicht nur gegenüber § 267, sondern auch gegenüber § 268. Er hat deshalb, falls nur das „bessere Fortkommen" den Zweck des Handelns bildete, selbst dann Anwendung zu finden, wenn die Absicht des Thäters auf Vermögensvortheile im allgemeinen abzielte, sei es daß solche durch gewinnbringenden „Dienst" o. lohnbringende Arbeit, sei es daß sie durch Erlangung von Almosen gesucht wurden; so: **RG.** III 15. Feb. 83, 18. Nov. 89, E. **8** 37, G. **37** 425, Berlin 14. Nov. 73 St. **3** 235, Binding **1** 335, Meves N. 3, Rüd.-St. N. 2, Rotering N. 3; aM. Oppenh. N. 1.

6) Es fragt sich aber, in welchem Sinne der „Zweck des besseren Fortkommens" zu verstehen sei; man hat geleugnet (vgl. Rotering N. 3 u. Simonson Vortheil S. 58 ff.), daß unter Anwendung dieses Begriffes die Thatbestände der §§ 267 f. und des § 363 mit absoluter Bestimmtheit sich sondern ließen. Ist auch nicht zu verkennen, daß die Entscheidung in manchen Einzelfällen Schwierigkeiten bereitet (vgl. auch **RG.** III 15. Feb. 83 E. 8 37, die Praxis müsse sich in vielen Fällen genügen lassen, wesentlich nach der ratio legis und nach der überwiegenden Verwandtschaft mit den zweifellos der einen oder der anderen Kategorie angehörigen Reaten die rechtl. Beschaffenheit derselben zu bestimmen), so ist doch andererseits jener Begriff gerade durch die Praxis h. z. T. zu einer verwendbaren Bestimmtheit herausgearbeitet. Der „Zweck des besseren Fortkommens" — und zwar gleichgültig, ob des „eigenen" oder desjenigen „eines Anderen", indem, was von jenem gilt, in gleicher Weise auch bei diesem zutreffen muß (**RG.** III 18. Nov. 89 G. **37** 425) — charakterisirt sich durch ein doppeltes Moment.

a) Positiv erfordert jener Zweck die unbestimmte, allgemeine Absicht des Thäters, mit Hülfe der btr. Urk. sich irgend welche günstigeren Chancen für sein Fortkommen, für die Fristung seines Unterhaltes, für die Zuwendung von Unterstützungen (N. 5) u. drgl. zu verschaffen; so besonders das cit. **RG.** 15. Feb. 83 und dem sich anschließend die o. N. 1

citt. Entsch. des **RG.** sowie I 23. Nov. 91 E. **22** 225, ferner II 9. März 88 R. **10** 223 (Verbesserung der Lebenslage und der Bedingungen des Fortkommens); ähnlich: Berlin 14. Nov. 73 St. **3** 235 (Verbesserung nicht allein der gesellschaftl. Stellung, sondern auch der wirthschaftl. Lage), Hälschner **2** 549 (Erlangung einer Lebens- o. Berufsstellung, welche die wirthschaftl. Existenz sichere o. auch die bisherige Lebensstellung vortheilhafter gestalte). Dieser „Zweck" kann übrigens unter Umständen auch dann vorliegen, wenn ein „Fortkommen" im vulgären Sinne angestrebt wird; so Dresden 2. Juni 71 St. **1** 59 (so z. B. bei einer „rascheren zugleich gegen Entdeckung von Seiten der Polizei sichernden Förderung des Reisezweckes" bzw. bei der „Nichthinderung an der Weiterreise" eines inzwischen wehrpflichtig Gewordenen durch Verfälschung einer diesem früher ertheilten, jedoch nach dem IndigenatsG. § 18, bereits verfallenen Entlassungsurk. hinsichtlich des Datums der Ertheilung).

b) Negativ bedingt jener Zweck den Ausschluß einer gegen ein konkretes, sei es öffentliches o. privates, Recht Dritter gerichteten Absicht; so das **RG.** in sämmtlichen zu a bzw. in N. 1 citt. Entscheidungen. Liegt eine gg. Rechte Dritter gerichtete Absicht vor, so kann folgeweise der bloße Zweck des besseren Fortkommens nicht verfolgt werden, und umgekehrt; beide Absichten schließen einander nothwendig aus. Da nun beim Betruge (§ 263) eine gg. Rechte Dritter gerichtete Absicht erfordert wird — die That muß auf die „Beschädigg. des Vermögens eines Anderen" gehen — so schließen auch die Thatbestände des § 263 und des § 363 sich gegenseitig aus; es kann nur entweder der eine oder der andere vorliegen; aM. **RG.** II 8. Apr. 92 E. **23** 43, das die Möglichkeit einer Idealkonk. (§ 73) annimmt.

7) Von dem vorbezeichneten Standpunkte aus ist in der Praxis der „Zweck des besseren Fortkommens" mit Recht:

I. bejaht beim Betteln, insbs. auch wenn es um Erlangung von Ortsgeschenken sich handelte (**RG.** III 15. Feb. 83 E. 8 37); bei einem Handeln behufs Zulassung zur Staatsprüfung als Maschinist (III 18. Feb. 84 E. **10** 162), behufs Erlangung früheren Eintritts beim Militär (II 29. Sept. 85 E. **12** 385), behufs Täuschung des Bräutigams über das Alter (IV 21. Nov. 85 E. **13** 65);

II. verneint bei einem Handeln behufs gesetzwidriger Erleichterung der Jagdausübung bzw. Beseitigung einer drohenden Strafe (**RG.** II 9. März 88 R. **10** 233, weil hier die Vereitelung bestimmter Rechte des Staats bezweckt werde, die an das gesetzl. anerkannte Bedürfniß sich anschließen, im öffentl. Interesse die Jagdausübung an die Erfüllung bestimmter Voraussetzungen zu binden und diese Erfüllung wieder durch Strafvorschriften zu sichern); bei Fälschung eines nach dem PrFFPG. §§ 40, 41 zu ertheilenden Legitimationsscheins, weil es dabei um Verletzung konkreter Rechte Dritter sich handele; (IV 4. Feb. 90 E. **20** 229); bei einem auf Verschaffung einer Altersrente nach dem G. v. 22. Juni 1889 gerichteten Gebrauchmachen (I 23. Nov. 91 E. **22** 225); bei einem Handeln behufs Erlangung der Aufnahme in ein Seminar, bzw. einer Unterstützung von einer bestimmten Person (IV 12. Feb., 5. Apr. 92, G. **39** 431 f.), behufs „Erlangung freier Eisenbahnfahrt durch falsche Fahrkarte," also einer besonderen vertragsmäßigen Leistung (Dresden 2. Juni 71 St. **1** 60), behufs Erreichung der nach Landesrecht erforderlichen Verpflichtung als Arzt (München 7. März 74 St. **3** 373, weil es sich darum gehandelt habe, ein Unterkommen als praktischer Arzt in Bayern dauernd zu begründen; sc. unter Verletzung konkreter öffentl. Rechte).

8) In beiden Absätzen sind auch bloße Beihülfehdlgen unter Strafe gestellt, die als zu Uebertretungen geleistet, nach § 49, an sich straflos sein würden. Das „Ueberlassen an einen Anderen" (Abs. 2) war schon früher strafbar, während das Anfertigen ꝛc. der falschen Urk. zum Zwecke des besseren Fortkommens „eines Anderen" erst seit der StGN. unter Strafe gestellt ist, um nach den gemachten Erfahrungen durch Kriminalisirung dem „verwerflichen Treiben" entgegen zu treten.

Zu Absatz 1. N. 9—11.

9) Der erste Mischthatbestand des Abs. 1 erfordert ein „falsch anfertigen o. verfälschen," womit — obschon in anderer Stellung und in zum Theil korrekterer Fassung

— sachlich dasselbe bezeichnet wird wie im § 267 mit „verfälscht o. fälschlich anfertigt"; vgl. deshalb daselbst N. 25 („verfälschen") u. N. 30 („fälschlich anfertigen").

Während aber § 267 noch ferner „ein Gebrauchmachen zum Zwecke einer Täuschung" (das. N. 35) verlangt, stellt § 363 ebensowenig wie PrStGB. § 254 ein solches Erforderniß auf; der Wortlaut ist in dieser Beziehung ganz klar, so daß gegen denselben eine Ergänzung dieses Erfordernisses nicht angängig erscheint; **RG.** III 15. Feb. 83 E. 8 37, Berlin 20. Apr. 76 O. **17** 277, Oppenh. N. 13, Rubo N. 5, v. Schwarze N. 6; unrichtig deshalb Geyer 2 107, es enthalte § 363 völlig den Thatbestand der Fälschung aus § 267. Es liegt vielmehr nur Versuch (§ 268 N. 7_3) einer Urkflschg. i. S. der §§ 267 f. oder sogar nur Vorbereitung zu solcher vor.

10) Der zweite Mischthatbestand des Abs. 1 korrespondirt völlig mit § 270; denn auch er erfordert, wie dieser, ein „Gebrauchmachen" von einer solchen „falschen o. verfälschten Urk." und zwar ein „wissentliches" (d. h. „wissend, daß sie falsch o. verfälscht ist"), endlich aber ausweislich des Einganges des § 363 zu dem im § 270 erforderten „Zwecke der Täuschung", nur daß dieser Zweck im § 363 mehr spezialisirt ist; so Meves N. 2; aM. Oppenh. N. 14, der die Täuschungsabsicht nicht fordert. Uebrigens wird das „Gebrauchmachen" häufig nur als eine Fortsetzung der Hdlg. der Fälschungshdlg. (N. 9) sich darstellen, so daß nur eine strafb. Hdlg. vorliegt (§ 73 N. 6); Rotering N. 1_3, auch Meves N. 12, der freilich unbedingt gegen dieselbe Person nur einmal die Strafe verhängen will.

11) Eine dem Thatbestande der §§ 271 f. bzw. des § 273 entsprechende Spezialbestimmung enthält § 363 nicht; deshalb erachtete OLA. zu **RG.** IV 20. Apr. 86 R. 8 307 mit Recht dafür, daß § 363 auf das Bewirken falscher Eintragungen in ein (Preuß.) Gesindebuch nicht Anwendung finde.

Zu Absatz 2. N. 12.

12) Voraussetzung des Mischthatbestandes des Abs. 2 ist das Vorliegen einer „echten Urkunde" (§ 267 N. 26) der im Abs. 1 bezeichneten Art. Es handelt sich deshalb hier nicht um eine Urkfälschung, sondern vielmehr um einen, dem Betruge (§ 263) sich annähernden, Mißbrauch einer echten Urk.; **RG.** I 31. März 84 E. **10** 262.

a) Im Falle des ersten Mischthatbestandes des Abs. 2 muß die echte Urk. „für einen Anderen" ausgestellt sein als den davon Gebrauch machenden Thäter; beide Personen stehen in einem Gegensatz zu einander und müssen deshalb verschieden sein; eine bloße Namensverschiedenheit ist aber mit der Verschiedenheit einer Person keineswegs gleichbedeutend; deshalb findet dieser Mischthatbestand keine Anwendung, wenn die Urk. zwar für den Produzenten, aber auf einen falschen Namen ausgestellt ist; die Ausstellung eines Zeugnisses geschieht immer für eine Person, nicht für einen Namen; cit. **RG.** 31. März 1884, Berner S. 688, Rotering N. 1_4.

b) Im zweiten Mischthatbestande des Abs. 2, der mit der Führung falschen Namens aus § 360^8 in Idealkonk. (§ 73) treten kann (Meves N. 13), bezeichnet das „Ueberlassen" (vgl. auch § 367^3 N. f β) hier lediglich jede wissentliche Uebertragung an einen Anderen, sei es zum dauernden Besitze, sei es leihweise (Meves N. 15), sei es entgeltlich o. unentgeltlich. Allgemeinen Grundsätzen gemäß kann die „Ueberlassung" übrigens auch durch eine Unterlassung begangen werden (§ 1 N. 3a).

Schlußnoten. N. 13, 14.

13) Die im § 363 mit Strafe bedrohten Delikte sind krimineller Natur, handelt es sich doch im Falle des Abs. 1 um Urkflschgen bzw. um den Versuch o. die Vorbereitung solcher, im Falle des Abs. 2 aber um einen dem Betruge sich annähernden, eine Verletzung von Treu und Glauben enthaltenden Urkmißbrauch bzw. um Beihülfe o. wenigstens Vorbereitung zu einem solchen. Demgemäß ist, allgemeinem Grundsatze zufolge, da ein anderes nicht zum Ausdruck gelangt ist (Th. I Abschn. 4 N. 4_2), nur die vorsätzliche Zuwiderhdlg. strafbar, nicht auch die fahrlässige, insbs. auch nicht, insoweit ein Unterlassen in Frage steht; Rotering N. 1_2.

14) Wegen Strafe, Verjährung und Zuständigkeit vgl. Abschn. 29 N. 8—10, insbs. wegen der in Abs. 2 gebrauchten Wendung „Gleiche Strafe trifft" § 49a N. 21_2.

§. 364.

Mit Geldstrafe bis zu einhundertfunfzig Mark wird bestraft, wer wissentlich schon einmal verwendetes Stempelpapier nach gänzlicher oder theilweiser Entfernung der darauf gesetzten Schriftzeichen, oder schon einmal verwendete Stempelmarken, Stempelblankette oder ausgeschnittene oder sonst abgetrennte Stempelabdrücke der im §. 276 bezeichneten Art veräußert oder feilhält.

Gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher wissentlich schon einmal verwendete Post- oder Telegraphenwerthzeichen nach gänzlicher oder theilweiser Entfernung des Entwerthungszeichens veräußert oder feilhält.

PrStGB. (fehlt). Entw. I § 249, II § 360.
Entw. d. ErgänzungsG. v. 13. Mai 1891 Art. V. Aktenst. 1890/91 Nr. 36.

1) Mit Strafe bedroht ist das „wissentliche", d. h. vorsätzliche (Rotering N. 1,) „Veräußern" (d. h. hier, anders als im § 288 — das. N. 9, 10 —, die Uebertragung auf Andere) und „Feilhalten" (§ 324 N. 5) von Stempelwerthzeichen bzw. jetzt auch (vgl. § 275 N. 1 b) von Post- u. Telegraphenwerthzeichen; es enthält also der § 364 eine Ergänzung des § 276 (so auch die Motive); dagegen aber, daß diese Ergänzung nur vom polizeilichen Standpunkte der Vorbeugung aus geschehen sei (so jedoch Berner S. 689), spricht der Umstand, daß ausdrücklich nur die vorsätzliche Zuwiderhdlg. unter Strafe gestellt ist (Th. I Abschn. 4 N. 4_2); der Gesetzgeber hat offenbar bereits eine Gefährdung seines Rechtes zur Erhebung der Stempelsteuer für vorliegend erachtet.

2) Hinsichtlich der Stempelwerthzeichen (Abs. 1) ist zu bemerken:

a) „Schon einmal verwendetes Stempelpapier" ist, wie im $§ 276_1$ (das. N. 1), zu verstehen von bestimmungsmäßig zu stempelpfl. Urk. verwendetem Stempelpapier; **RG.** II 20. Juni 82 E. **6** 387; für die Anwendung dieser Bestimmung ist aber eine objektive Voraussetzung (Rotering N. 1_2) die „gänzliche o. theilweise Entfernung der auf das Papier gesetzten Schriftzeichen"; bei einer Veräußerung solchen Stempelpapiers mit den Schriftzeichen, namentl. als Makulatur, greift der maßgebende polizeil. Gesichtspunkt nicht Platz.

b) Die Beseitigung der Entwerthungszeichen bildet sowenig wie im § 276 (das. N. 1_2) ein Erforderniß für einen der beiden Mischthatbestände des § 364; andererseits ist die Veräußerung schon einmal verwendeten Stempelpapiers nach Entfernung des Entwerthungszeichens, aber ohne Entfernung der auf dasselbe gesetzten Schriftzeichen straflos.

c) Wegen erfolgter Aufhebung des Schlußsatzes im $§ 23_2$ des WechselstempelstG. vgl. § 275 N. 9 b.

3) Im Falle des Abs. 2 bildet die mindestens theilweise „Entfernung des Entwerthungszeichens" ein Thatbestandsmerkmal, wie im $§ 276_2$ (das. N. 2); hiernach ist der Handel mit schon einmal verwendeten Post- u. Telegraphenwerthzeichen straflos, sofern die Entwerthungszeichen nicht entfernt sind.

4) Wegen Strafe, Verjährung und Zuständigkeit vgl. Abschn. 29 N. 8—10.

§. 365.

Wer in einer Schankstube oder an einem öffentlichen Vergnügungsorte über die gebotene Polizeistunde hinaus verweilt, ungeachtet der Wirth, sein Vertreter oder ein Polizeibeamter ihn zum Fortgehen aufgefordert hat, wird mit Geldstrafe bis zu funfzehn Mark bestraft.

Der Wirth, welcher das Verweilen seiner Gäste über die gebotene Polizeistunde hinaus duldet, wird mit Geldstrafe bis zu sechszig Mark oder mit Haft bis zu vierzehn Tagen bestraft.

PrStGB. § 342. Entw. I § 351, II § 361.

Im Allgemeinen. N. 1—5.

1) Der § 365 bezweckt seinem ganzen Inhalte nach die Durchführung der „gebotenen", d. h. eingeführten, sog. „Polizeistunde"; es handelt sich sonach um ein sog. Blankettstrafgesetz (§ 145 N. 1; Binding Normen **1** 162 N. 10) mit partikularrechtlicher Norm. Denn bezüglich der Einführung einer „Polizeistunde" entscheidet das Landesrecht, namentl. auch hinsichtlich der Zuständigkeit der Behörden und der Form. Regelmäßig wird die Einführung durch eine — generelle — PolizeiV. geschehen (so nothwendig in Preußen; Berlin KG. 31. Juli 91 G. **39** 182, Oppenh. N. 1; vgl. auch RG. III 13/15. März 84 E. **10** 296), was aber nicht ausschließt, daß auf Grund und in Ausführung einer solchen auch spezielle Anordnungen an einzelne Wirthe erlassen werden können; so: Berlin KG. 21. Juni 88 Jahrb. **8** 147 (btr. einer auf Grund des PrG. v. 11. März 1850 erlassenen OrtspolizeiV.), Rotering N. 3.

2) Die Wirkung des „Gebotes einer Polizeistunde" erstreckt sich in räumlicher Beziehung auf:

a) „Schankstuben", d. h. solche geschlossene Räume, in denen das Gewerbe der Schankwirthschaft thatsächlich, ohne Rücksicht darauf, ob die nach GewerbeO. § 33 erforderliche „Erlaubniß" ertheilt worden, betrieben wird. Es sind also dem Publikum offen stehende Räume, in denen gewerbsmäßig „Getränke aller Art" (vgl. Kayser GewerbeO. — 2. Aufl. — § 33 N. 8) mit der Befugniß zum Genuß auf der Stelle verabfolgt werden; so auch btr. der Getränke Berner S. 689, während Berlin 24. Sept. 75 St. **6** 71, Oppenh. N. 2, Rubo N. 1 u. v. Schwarze N. 1a unter Schankwirthschaften nur Anstalten zur Verabreichung geistiger Getränke verstehen. Unter diesen Begriff fallen an sich auch die Restaurationslokale der Eisenbahnen, wenn auch für die Eisenbahnreisenden selbst die btr. Vorschriften nicht gelten; so: München 15. Mai 88 BayerE. NF. **5** 86, Berlin KG. 1. Okt. 91 G. **39** 353, Oppenh. N. 3, Rüd.-St. N. 2, während häufig weitergehend die Lokalitäten als solche ausgenommen werden.

b) „Oeffentliche Vergnügungsorte". Das Erforderniß der „Oeffentlichkeit" (§ 110 N. 5) ist hier speziell, wie im § 116 (das. N. 2), bezüglich der Oertlichkeit aufgestellt. Der öffentl. Vergnügungsort erfordert, anders wie der „öffentl. Versammlungsort" (§ 285 N. 1a), irgend welche, wenn auch nur temporäre, Herrichtungen zum Vergnügen seiner Besucher. Daß er eine „geschlossene Räumlichkeit" sei, erscheint nicht erforderlich (aM. München 28. Juni 75 BayerE. **5** 375 u. v. Schwarze N. 1a, Räumlichkeit eines Wirthshauses), wie auch eine Veranstaltung zur Verabreichung von Speisen o. Getränken kein begriffliches Merkmal bildet; Berner S. 689.

3) Unter den Begriff der „Schankstuben" bzw. „öffentl. Vergnügungsorte" fallen die Lokale „geschlossener Gesellschaften" nicht, ohne Unterschied, ob sie in eigenen Gebäuden der Gesellschaft oder in Räumlichkeiten eines Wirthes sich befinden, und ohne Unterschied, ob eine eigene Oekonomie eingerichtet ist o. die Getränke vom Wirth gegen Bezahlung verabfolgt werden; so die GM., insbs.: Berlin 20. Apr. 76 O. **17** 277 (hielt jedoch die Verurtheilung aufrecht, weil die Bildung der Gesellschaft i. c. nur zur Simulation geschehen war), Dresden OLG. 17. Okt. 89 G. **37** 372 (btr. eines von einem Vereine für bestimmte Abende gemietheten Zimmers in einem Wirthshause), Berlin KG. 14. Okt. 89 G. **37** 373 (btr. Duldung der Mitglieder einer geschlossenen Gesellschaft in einem für Dritte unzugänglichen Gesellschaftslokale); aM. München OLG. 7. März 90 BayerE. NF. **6** 52 (btr. Abhaltung eines Balles seitens einer geschl. G. in einer zu diesem Zwecke gemietheten Wirthslokalität). Gleichgültig ist auch, ob die Räumlichkeiten der geschl. G. mit anderen öffentl. Räumen des Gasthauses in Verbindung stehen (aM. München OLG. 11. Nov. 90 BayerE. NF. **6** 266); eine Scheidung durch sachliche Vorrichtungen ist nicht erforderlich, vielmehr genügt es, wenn die nicht zu der Gesellschaft gehörigen Wirthshausbesucher von dem Zutritt zu dem von jener gemietheten Saale ausgeschlossen werden; von einer „geschlossenen Gesellschaft" bzw. dem „Lokal" einer solchen ist aber dann keine Rede, wenn zu einer zur Feier einer Hochzeit in einem öffentl. Lokale veranstalteten Tanzlustbarkeit außer den geladenen Hochzeitsgästen noch andere beliebige Personen gegen Entrichtung eines Eintritts-

geldes zugelassen werden (Berlin KG. 11. Mai 82 Jahrb. 3 370) oder wenn die „geschl. G." in einem öffentlichen — Jedermann zugänglichen — Wirthslokale sich versammelt (München 28. Juni 75 BayerE. 5 375); vgl. auch das cit. Berlin KG. 14. Okt. 89, welches den § 365 zur Anwendung brachte, weil die seitens einer ad hoc zusammen getretenen Gesellschaft veranstaltete Tanzlustbarkeit nach einer OrtspolizeiV. als eine „öffentliche" anzusehen war.

4) In persönlicher Beziehung richtet das Gebot der Polizeistunde sich an:

a. die „Gäste"; allerdings spricht nur Abs. 2 von solchen, während Abs. 1 als Subjekt mittels des Eingangswortes „Wer" an sich jeden bezeichnet; in Wahrheit können aber nur Gäste Subjekte der Uebertr. sein, nicht auch andere Personen, die kraft privat- oder öffentlich-rechtlicher Befugniß in der Schankstube 2c. verweilen. Unter den „Gästen" einer Schankstube bzw. eines öffentl. Vergnügungslokales sind diejenigen Personen zu verstehen, deren Aufnahme daselbst in Verfolg des gewerbsmäßigen Betriebes der Schankstube bzw. des Vergnügungsortes erfolgt ist; deshalb gehören nach GM. nicht dahin einerseits die Logirgäste einer Gastwirthschaft, andererseits die Privatgäste des Wirths; so in letzterer Beziehung insbs. Berlin OTr. 24. Sept. 75, 25. Juni 79, St. 6 71, O. 20 313, KG. 11. Nov. 89 G. 38 77. Speziell unter „Schankgästen" sind übrigens nicht lediglich solche Gäste zu verstehen, welche sich Getränke „gegen Bezahlung" verabfolgen lassen (so das erste u. letzte der citt. Urtheile), vielmehr kann die Bewirthung unter Umständen auch ohne Entgelt den Charakter der Gewerbsmäßigkeit tragen, so z. B. wenn sie mit Rücksicht auf zukünftige Frequentirung erfolgt; deshalb wird ein „Schankgast" durch Einladung seitens des Wirthes zur unentgeltlichen Bewirthung nicht unbedingt „Privatgast" (so das zweite der citt. Urtheile);

b. den „Wirth", d. h. den „Inhaber" der Schankstube 2c. i. S. des § 285 (das. N. 1 b). An den „Vertreter" des Wirths (s. u. N. 5, 8) richtet das Gebot der Polizeistunde sich nicht; so Rubo N. 7; aM. Berner S. 690, der die Beschränkung der Anwendung des Abs. 2 gegen den „Wirth" als Buchstabeninterpretation bezeichnet; die Ausdehnung auf andere Personen als den Wirth erscheint jedoch als unzulässige Analogie (§ 2 N. 4_2).

5) Die objektive Voraussetzung (so Rotering N. 1_3; aM. Rubo N. 5, der Kenntniß vom Eintritt der Polizeistunde verlangt) für die Zuwiderhdlgen der „Gäste" sowohl wie der „Wirthe" bildet der Eintritt der „Polizeistunde"; über den Eintritt entscheidet, wenn die ergangene Anordnung nichts Anderes festsetzt (Rotering N. 1_3), die nach „mittlerer Sonnenzeit" richtig gehende Uhr. Im übrigen aber sind die Zuwiderhdlgen der „Gäste" und des „Wirthes" ihrer inneren Natur nach durchaus verschieden, weil die in der Festsetzung einer Polizeistunde liegende Norm an die beiden bezeichneten Personengruppen in ganz verschiedener Weise sich wendet.

a) An die „Gäste" richtet sich das Gebot, mit Beginn der Polizeistunde die Schankstube 2c. zu verlassen. Die dennoch verbleibenden Gäste begehen ein Unterlassungsdelikt (so die GM.), und zwar gegenüber der die Polizeistunde betreffenden Anordnung; unrichtig Seligsohn G. 28 220, der die verpönte Unterlassung findet in dem Nichtthun einer durch spezielle Aufforderung seitens der Obrigkeit gebotenen Hdlg. Allein die spezielle Aufforderung (s. u. N. 6) ist nichts anderes als ein Strafbarkeitsmerkmal.

b) An den „Wirth" dagegen richtet sich das Verbot, die Gäste über die Polizeistunde hinaus zu dulden (vgl. Abs. 2). Wollte man die Anordnung der Polizeistunde auch in Bezug auf die Wirthe als ein „Gebot" auffassen, so würde man die „gebotene Hdlg." nicht genügend bezeichnen können; die „Entfernung" ist in der mannigfachsten Art und Weise denkbar; durch die „Unterlassung" welcher Art der Entfernung soll das Delikt konsumirt werden? Demnach handelt es sich auf Seiten des Wirthes nicht um ein Unterlassungsdelikt; so Wahlberg ZſStRW. 2 178; vgl. jedoch: Löning S. 16, Rotering N. 1_3, Landsberg Kommissivdel. S. 219. Das durch Anordnung der Polizeistunde verbotene „Dulden" hat hier eine wesentlich andere Bedeutung als in denjenigen Gesetzesstellen, wo es mit „Unterlassen" zusammengestellt ist (§ 176 N. 6); es hat vielmehr die Bedeutung eines „Geschehenlassens" i. S. des § 357 (das. N. 3c), also, in konkreter Anwendung auf den Thatbestand des § 365_2, eines „Verweilenlassens", wo die Mittel, das Verweilen zu inhibiren,

nach der Sachlage nicht für erschöpft zu erachten; ähnlich: Berner S. 690, F. Meyer N. 1, Rubo N. 6, v. Schwarze N. 4, insbs. A. 2.

Zu Absatz 1. N. 6—8.

6) Das Delikt der Unterlassung der Entfernung seitens des Gastes nach Eintritt der Polizeistunde (N. 5a) wird zur „strafbaren Hdlg." (Verbrechen i. w. S.) erst dann, wenn „der Wirth, sein Vertreter oder ein Polizeibeamter ihn zum Fortgehen aufgefordert hat" (vgl. Berlin 29. Jan. 74 O. **15** 43). Es handelt sich hier offenbar um ein bloßes Strafbarkeitsmerkmal (nicht um ein Deliktsmerkmal), aus dessen Aufstellung die milde Auffassung des Delikts seitens des Gesetzgebers hervorgeht, ähnlich wie aus der Strafandrohung, der geringsten, die das StGB. überhaupt kennt (§ 27 N. 4). Die durch Eintritt der Polizeistunde veranlaßte „Aufforderung" erscheint, auch wenn sie ausgeht vom „Wirth" (N. 3b) oder dessen „Vertreter" — d. h. demjenigen, der den Geschäftsinhaber in Abwesenheits- und sonstigen Behinderungsfällen hinsichtlich der Aufsicht in der Schankstube ꝛc. vertritt (vgl. die ähnliche Frage bei der Vertretung des „Berechtigten" i. S. des § 123, — das. N. 18), — nicht als Wahrnehmung einer privatrechtlichen Befugniß (s. u. N. 8; aM. anscheinend Seligsohn G. **28** 220, die Strafbestimmung richte sich gegen solchen, welcher trotz Aufforderung einer gesetzlich dazu berechtigten Privatperson ꝛc.), sondern vielmehr als Ausübung einer, ausnahmsweise einer Privatperson übertragenen, polizeilichen Funktion, die deshalb auch von einem „Polizeibeamten" selbst wahrgenommen werden kann; die Wirksamkeit der von einem solchen ausgehenden Aufforderung hängt selbstverständlich davon ab, daß er als solcher bekannt o. äußerlich erkennbar ist o. ev. als solcher sich legitimirt (Rotering N. 1_1). Es muß thatsächlich „zum Fortgehen" aufgefordert sein wenn auch nicht mit diesen Worten; keinesfalls genügt die bloße Erklärung des Wirths ꝛc., „es sei Polizeistunde"; München 20. Nov. 75 BayerE. **5** 515. Die Aufforderung muß sich direkt und ausdrücklich an die anwesenden Gäste richten, wenn auch nicht an jeden einzelnen Gast; Berner S. 689, Oppenh. N. 6, Rüd.-St. N. 4, Rotering N. 1_1. Die Nichtentfernung nach erlassener Aufforderung macht den „Gast" strafbar, ohne daß es auf den Zweck des längeren Verweilens ankommt (v. Kirchmann N. 1), insbs. berechtigt auch nicht die Verfolgung an sich erlaubter oder selbst öffentlicher Interessen seitens der Gäste, z. B. die Besprechung öffentl. Wahlen, zum Verbleiben; cit. Berlin 29. Jan. 74. Anders dagegen, wenn der bisherige „Schankgast" in Wahrheit (nicht blos vorgegebener Maßen) spätestens mit Erlaß der Aufforderung zum Logirgast o. zum Privatgast wird (N. 4a); Berlin 25. Juni 79 O. **20** 313.

7) Da es bei der Uebertr. aus Abs. 1 um ein reines Unterlassungsdelikt (N. 5a) sich handelt, so ist bei dessen polizeilichem Charakter (§ 139 N. 12) auch die fahrlässige Zuwiderhdlg. strafbar (so Oppenh. N. 8a; aM. Rotering N. 1_1), also z. B. ein Verbleiben im Eifer des Gespräches, wobei die ergangene und gehörte Aufforderung wieder vergessen wird. Ist aber auch die fahrl. Zuwiderhdlg. strafbar, so wird Bestrafung auch dann einzutreten haben, wenn die „Aufforderung", die allerdings begrifflich zur Kenntniß der „Gäste" gekommen sein muß (vgl. § 110 N. 3, 4a), dem einzelnen Gaste aus eigener Fahrlässigkeit entgangen ist (§ 59_2); aM.: Rubo N. 5, Rotering N. 1_1.

8) Wenn auch die in Folge Eintrittes der Polizeistunde seitens des Wirthes o. seines Vertreters erfolgende Aufforderung nicht als Geltendmachung eines Privatrechtes aufzufassen ist (N. 6), so kann doch der Wirth im konkreten Falle mit der Aufforderung auch sein Hausrecht geltend machen (§ 123 N. 2) und tritt dann, vorausgesetzt, daß solches dem verbleibenden Gaste zum Bewußtsein gekommen, Idealkonk. (§ 73) mit Hausfriedensbr. ein; Binding **1** 575 N. 17, Rotering N. 1_4.

Zu Absatz 2. N. 9.

9) Obschon im Falle des Abs. 2 die Zuwiderhdlg. gegen ein Verbot bestraft wird (übrigens ohne, daß hier die Bestrafung von einem besonderen Strafbarkeitsmerkmale abhängig gemacht wäre), so steht doch auch bei diesem Thatbestande nur ein Polizeidelikt in Frage; denn von der Verletzung bzw. Gefährdung eines Rechtsgutes kann nicht wohl die Rede sein; es sollen vielmehr nur Gefährdungen der öffentl. Ordnung ꝛc. verhütet werden. Deshalb macht der Wirth sich auch bei einem nur fahrlässigen Dulden strafbar (Rote-

ring N. 1 2), z. B. indem er den Eintritt der Polizeistunde fahrlässiger Weise übersieht, oder indem er fahrl. von der Ergreifung der zur Entfernung der Gäste nothwendigen Maßregeln absieht. Deshalb ist aber auch der Wirth dann strafbar, wenn er für den Behinderungsfall fahrlässiger Weise nicht dafür Sorge trägt, daß sein Vertreter für Innehaltung der Polizeistunde sorgt — ein Umstand, der die Straflosigkeit des Vertreters (N. 3b) vom legislatorischen Standpunkte weniger empfindlich erscheinen läßt.

Schlußnoten. N. 10, 11.

10) Ein Wirth, welcher seine Gäste, nachdem sie von einem Polizeibeamten zum Fortgehen aufgefordert, mit Erfolg zum Verbleiben auffordert, ist nicht nur aus Abs. 2, sondern in Realkonk. (§ 74) zugleich als Anstifter zur Uebertr. aus Abs. 1 strafbar; vgl. § 111 N. 6 u. 10, insbs. das in N. 10 cit. **RG.** II 21. Dez. 80 **E. 3** 145; auch bei der an Mehrere erfolgreich gerichteten Aufforderung ist dennoch die Strafe wegen Anstiftung nur einmal verwirkt (§ 111 N. 8); so das cit. **RG.** sowie in beiden Punkten Berner S. 690.

11) Wegen Strafe, Verjährung und Zuständigkeit vgl. Abschn. 29 N. 8—10.

§. 366.

Mit Geldstrafe bis zu sechszig Mark oder mit Haft bis zu vierzehn Tagen wird bestraft:

1) wer den gegen die Störung der Feier der Sonn- und Festtage erlassenen Anordnungen zuwiderhandelt;
2) wer in Städten oder Dörfern übermäßig schnell fährt oder reitet, oder auf öffentlichen Straßen oder Plätzen der Städte oder Dörfer mit gemeiner Gefahr Pferde einfährt oder zureitet;
3) wer auf öffentlichen Wegen, Straßen, Plätzen oder Wasserstraßen das Vorbeifahren Anderer muthwillig verhindert;
4) wer in Städten mit Schlitten ohne feste Deichsel oder ohne Geläute oder Schelle fährt;
5) wer Thiere in Städten oder Dörfern, auf öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen, oder an anderen Orten, wo sie durch Ausreißen, Schlagen oder auf andere Weise Schaden anrichten können, mit Vernachlässigung der erforderlichen Sicherheitsmaßregeln stehen läßt oder führt;
6) wer Hunde auf Menschen hetzt;
7) wer Steine oder andere harte Körper oder Unrath auf Menschen, auf Pferde oder andere Zug- oder Lastthiere, gegen fremde Häuser, Gebäude oder Einschließungen, oder in Gärten oder eingeschlossene Räume wirft;
8) wer nach einer öffentlichen Straße oder Wasserstraße, oder nach Orten hinaus, wo Menschen zu verkehren pflegen, Sachen, durch deren Umstürzen oder Herabfallen Jemand beschädigt werden kann, ohne gehörige Befestigung aufstellt oder aufhängt, oder Sachen auf eine Weise ausgießt oder auswirft, daß dadurch Jemand beschädigt oder verunreinigt werden kann;
9) wer auf öffentlichen Wegen, Straßen, Plätzen oder Wasserstraßen Gegenstände, durch welche der freie Verkehr gehindert wird, aufstellt, hinlegt oder liegen läßt;
10) wer die zur Erhaltung der Sicherheit, Bequemlichkeit, Reinlichkeit und Ruhe auf den öffentlichen Wegen, Straßen, Plätzen oder Wasserstraßen erlassenen Polizei-Verordnungen übertritt.

PrStGB. §§ 340 ³, 344¹⁻⁴, 346 ², 344 ⁵, 346 ³, 344 ⁶⁻⁹.

Entw. I §§ 348^{5}, $352^{3-6, 1, 2 u. 7, 8-10}$, II §§ 356^{9}, 362^{1-9}. Aktenst. Nr. 105.
Entw. d. StGN. Art. I § $366^{3, 8-10}$. Aktenst. 1875/76 Nr. 54.

Zu Nr. 1.

a) Die Nr. 1 enthält ein sog. Blankettstrafgesetz (§ 145 N. 1; Binding Normen **I** 162 N. 10), indem mit Strafe bedroht werden „Zuwiderhdlgen“ (vgl. § 360^{12} N. a) gegen „Anordnungen“, die erlassen sind „gegen die Störung der Feier der Sonn- u. Festtage“ oder, mit anderen Worten, zum Schutze der Feier derselben gegen Störungen. Angesichts des Art. 4 der RV. in Verbindung mit dem Begriffe der Feiertagsheiligung (s. u. b) wird es daher nur um landesrechtliche „Anordnungen“ sich handeln können; unter letzteren aber sind, wie im § 360^{12}, solche genereller Natur, d. h. Gesetze o. Verordnungen, insbs. Polizei-Verordnungen, zu verstehen; solche für bestimmte Personen, wie im § 327 (das. N. 5), sind nicht gemeint; Rubo N. 2, Rüd.-St. N. 1. Ob die „Anordnungen“ vor oder nach Erlaß des RStGB. getroffen sind, ist gleichgültig (Oppenh. N. 2, Rüd.-St. N. 1), insbs. können sie deshalb auch enthalten sein in den als solche nicht aufgehobenen (EG. § 2 N. 8) Landesstrafgesetzbüchern, wie z. B. im § 307^{5} des Waldeck'schen StGB.; Berlin KG. 13. Apr. 85, 21. Juni 88, Jahrb. **5** 353, **8** 224.

b) Die betreffenden Anordnungen müssen bezwecken den Schutz der religiösen Feier der „Sonn- u. Festtage“, d. h. also insoweit sie der Gottesverehrung gewidmet sind; dagegen ist hier an die wirthschaftliche Bedeutung dieser Tage nicht gedacht; Rotering N. 1_{1-3}. Daher kommen einerseits die Vorschriften der Nov. z. GewerbeO. v. 1. Juni 1891 für die Anwendung der Nr. 10 nicht in Betracht; so Rotering N. 1_{1}; aM. Rubo N. 2. Andererseits sind deshalb unter „Festtagen“ nur kirchliche gemeint, nicht auch nationale o. politische; Wahlberg HH. **3** 274. Im übrigen aber sind, wie schon nach PrStGB. § 340^{8}, der wörtlich ins RStGB. hinüber genommen ist, unter „Festtagen“ nur solche zu verstehen, die landesrechtlich als allgemein zu beachtende anerkannt sind, während es darauf nicht ankommt, daß der Tag von den christlichen Kirchen als gemeinsamer Feiertag anerkannt werde; Berlin KG. 13. Apr. 85 Jahrb. **5** 353; vgl. auch PrKabO. v. 5. Juli 1832, wonach „denjenigen kirchl. Feiertagen, welche die in der Rheinprovinz bestehende Gesetzgebung bereits zu gesetzl. Feiertagen erklärt hat, der Ostermontag, der Pfingstmontag, der 2. Weihnachtsfeiertag u. der Bußtag mit der rechtl. Wirkung gesetzl. Festtage hinzutreten“, wogegen die übrigen in der (durch den Erzbischof verkündeten) Festordnung (der kathol. Kirche) genannten, kanonisch gültigen Feiertage als gesetzl. Feiertage nicht anzusehen sind. Wollte man weiter gehen, so müßte man die Festtage „aller innerhalb des Bundesgebietes bestehenden Religionsgesellschaften“ einbeziehen (so in der That Wahlberg aO.), womit man zu einem unhaltbaren Ergebniß gelangt. Daß blos kirchliche Festtage, wie gesetzliche in der obigen Bedeutung, gefeiert werden sollen, kann durch eine bloße PolizeiV. nicht vorgeschrieben werden; denn es wird eben ein landesgesetzlich festgesetzter Festtag vorausgesetzt; Oppenh. N. 5, Rotering N. 1_{13}. In der Praxis sind als „Festtage“ speziell für Waldeck anerkannt: der „Charfreitag“ (cit. Berlin 13. Apr. 85), die „beiden großen Buß- u. Bettage“, letztere obgleich sie im § 21 des Waldeck'schen EGzStGB. nicht mit genannt sind (Berlin KG. 21. Juni 88 Jahrb. **8** 224).

c) Nach der Entstehungsgeschichte der Nr. 1 aus den Vorschriften des Preuß. Rechtes (vgl. hierüber Rotering N. 1_{4}), insbs. der dem § 340^{8} PrStGB. zu Grunde liegenden PrKabO. v. 7. Feb. 1837, welche die Befugnisse der Behörden, durch polizeil. Bestimmungen die äußere Heilighaltung der Sonn- u. Festtage zu bewahren, regelte, erhellt, daß es auch im Falle der Nr. 1 nur um solche Störungen sich handelt, welche nach außen hin wirksam unmittelbar in die Erscheinung treten und als solche geeignet sind, die äußere Heilighaltung der Sonn- u. Festtage, die an denselben zu beobachtende äußere Ruhe und in diesem Sinne die allgemeine Sonntagsfeier zu stören; so jetzt **RG.** III 24/30. Okt. 89 E. **20** 81 u. früher schon Berlin OTr. 23. Sept. 75, 3. Okt. 76, O. **16** 601, **17** 635, **KG.** 5. Juli 83 Jahrb. **4** 256 (letzteres betreffend d. V. d. OberPräs. d. Provinz Sachsen v. 18. Dez. 1882 über die Sonntagsruhe; vgl. aber andererseits Rödenbeck Polizeiverordnungsr. in Preußen — Magdeburg 1884 —).

Die „Feier" der Sonn- u. Festtage ist übrigens nicht lediglich zu verstehen von der in der öffentl. Gottesanbetung durch den Gottesdienst bestehenden Feier i. e. S., sondern auch von derjenigen feierlichen Ruhe, die für die Sonntagsheiligung überhaupt erforderlich ist; Berlin 23. Sept. 75, 5. Feb. 79, O. **16** 601, **20** 65 (letzteres btr. der V. für die Herzogthümer Schleswig-Holstein v. 10. März 1840), Berner S. 691, Rotering N. 1_3. Es schließt dieses aber nicht aus, daß für die Zeit der eigentlich kirchlichen Feier, des Gottesdienstes, besondere strengere Anordnungen getroffen werden können; so z. B. § 10 der eben cit. Schleswig-Holst. V.; Berlin 4. Feb. 84 Jahrb. **4** 264, Rotering N. 1_6. Immer aber muß für die Anordnungen maßgebend sein der Gesichtspunkt des Schutzes der Sonntagsfeier für die Allgemeinheit bzw. für die Gemeinde; Anordnungen, welche eine Störung der Sonntagsfeier des Einzelnen verhüten wollen, sind nicht gemeint (vgl. § 167); cit. Berlin 23. Sept. 75, Rotering N. 1_5. Deshalb kann gegen eine Anordnung niemals verstoßen die Abhaltung einer Versammlung in einer Behausung lediglich zum Zwecke der Vornahme gottesdienstl. Hdlgen, mag dadurch auch gegen Bestimmungen des Vereins- u. Versammlungsrechts verstoßen werden; Berlin RG. 2. März 85 Jahrb. **5** 272.

d) Die Zuständigkeit zum Erlasse solcher Anordnungen regelt sich nach der Landesgesetzgbg. Für Preußen nimmt die Praxis auf Grund der (namentl. auch in der zu c cit. Entsch. des RG.) noch für gültig angesehenen PrKabO. v. 7. Feb. 1837 i. V. mit den neueren Vorschriften der ProvinzialO. und des LandesverwaltungsG. die ausschließliche Zuständigkeit der Oberpräsidenten bzw. Regierungspräsidenten (früher der Regierungen) an, unter Verneinung der Zuständigkeit der Ortspolizeibehörden bzw. der Delegationsbefugniß auf diese; so Berlin RG. 5. Juli 83, 2. Feb. 88, 13. Mai 89, Jahrb. **4** 256, **8** 219, G. **37** 217; vgl. aber dagegen die beachtlichen Ausführungen von Bornhak Archiv f. öffentl. Recht **5** 407 ff.

e) Mit Strafe bedroht sind die Zuwiderhdlgen gegen die Anordnungen, welche gegen die „Störung" der Sonntagsfeier erlassen sind; daß die Sonntagsfeier selbst durch die Zuwiderhdlg. gestört worden sei, ist kein Erforderniß (vgl. u. N. 10 N. b); Berlin OTr. 3. Okt. 76, 15. Feb. 77, O. **17** 635, **18** 132, RG. 13. Apr. 85 Jahrb. **5** 353, Berner S. 691, Rotering N. 1_9. Die „Anordnungen" werden sich deshalb meist richten gegen Hdlgen, die von der die Anordnung erlassenden Behörde — deren Ansicht einer richterlichen Prüfung nicht unterliegt — für geeignet erachtet werden, die Sonntagsfeier zu stören; Berlin 23. Sept. 75 O. **16** 601.

Im übrigen können die „Anordnungen" einen verschiedenartigen Inhalt haben, sie können insbs. nicht blos Verbote enthalten, sondern auch Gebote; Rotering N. $1_{6,8}$. Von dem Inhalte der Anordnungen hängt es auch ab, ob nur vorsätzliche o. auch fahrlässige Zuwiderhdlgen strafbar sind (Dresden 15. Juli 78 SächsGZ. **23** 31, Rotering N. 1_4); im Zweifel ist bei dem rein polizeilichen Charakter des Deliktes auch fahrlässiges Verhalten für strafbar zu erachten (Abschn. 29 N. 2_3). Unbedingt zur Bestrafung erforderlich ist aber auch hier nicht nur objektive Rechtswidrigkeit, sondern auch subjektive Verschuldung; vgl. Rotering N. 1_{12}.

f) Die Praxis hat hinsichtlich der Gültigkeit erlassener polizeilicher Anordnungen zum Schutze der Sonntagsfeier folgende Stellung angenommen:

α) Für verbindlich sind erachtet Anordnungen, welche verbieten, wie das Waldeck'sche StGB. § 307[a], „öffentl. u. geräuschvolle Hantirungen, landwirthschaftl. Geschäfte 2c." (Berlin RG. 13. Apr. 85, 21. Juni 88, Jahrb. **5** 353, **8** 224) oder, wie eine BayerV., „alle öffentl. vorgenommenen Arbeiten des landwirthschaftl. o. gewerbl. Betriebes" (München 12. Juli 75 St. **6** 72) oder, wie das KglSächsG. v. 10. Sept. 1870, „gewöhnliche Hantirungen u. die Wochenarbeiten im Bereiche der Landwirthschaft u. des Gewerbebetriebes außerhalb der Wohnungen u. Oekonomiegebäude, alle nach außen durch Geräusch sich bemerkbar machenden Arbeiten", namentl. aber „die Arbeiten in Fabriketablissements überhaupt" (RG. III 24/30. Okt. 89 E. **20** 81).

β) Für verbindlich sind ferner erachtet PolV., welche die Verabreichung von Speisen u. Getränken in Wirthshäusern u. Schankstätten (außer an Reisende) bzw. das Offenhalten von beiden sowie von Magazinen 2c. während des Gottesdienstes verbieten (Berlin 3. Okt. 76,

26. Apr. 77, O. **17** 635, **18** 289, München 19. Mai 77 St. **7** 361, letzteres nahm jedoch mit Rücksicht auf den Zweck der V. mit Recht an, daß i. S. derselben ein nach außen abgeschlossener Laden als „nicht-geöffnet" zu erachten sei, wenn auch eine Thür, welche im Innern des Hauses in den Laden führte, nicht abgesperrt war), dagegen für unverbindlich eine PolV., welche jeden Handelsverkehr an Sonn- u. Festtagen ausnahms- u. bedingungslos verbietet (Berlin KG. 5. Juli 83 Jahrb. **4** 256).

γ) Für verbindlich sind endlich erachtet PolV., wodurch für die Dauer des sonn- o. festtäglichen Gottesdienstes jede Art der Jagdausübung untersagt wird (Berlin 23. Sept. 75, 15. Feb. 77, O. **16** 601, **18** 132, von denen ersteres aber ein Verbot der Abhaltung von Treibjagden an Sonntagen überhaupt für verbindlich zu erachten scheint), dagegen für unverbindlich eine gänzliche Untersagung der Jagd an Sonn- u. Festtagen (cit. Berlin 23. Sept. 75).

Zu Nr. 2—5, 8—10. Allg. Bemerkungen.

a) Die Nr. 2—5 und 8—10 enthalten sicherheitspolizeiliche Vorschriften für den Verkehr der Menschen im Raume nebeneinander, und zwar vorzugsweise, aber nicht ausschließlich, im Freien.

α) Am weitesten gehen die Nr. 5 u. 8, insofern sie „Orte" (§ 39 N. 1) im Auge haben, an denen — gleichgültig, wo gelegen —

1. „Thiere Schaden anrichten können" (Nr. 5),

2. „Menschen zu verkehren pflegen" (Nr. 8), d. h. also nicht blos ausnahmsweise sich aufhalten, übrigens ohne Rücksicht darauf, ob das Verkehren ein berechtigtes, ein geduldetes o. ein unbefugtes ist (Meves § 366[8] N. 9); denn wenn daneben genannt sind in Nr. 5 „Städte o. Dörfer, öffentl. Wege, Straßen o. Plätze", in Nr. 8 „öffentl. Straßen o. Wasserstraßen", so kommt dem weiter keine Bedeutung zu, da daraus keineswegs zu schließen ist, daß die in Frage kommenden „Orte" überhaupt „öffentliche" sein müßten; das fordert weder der Wortlaut, noch der Grund des Gesetzes; Berner S. 693, Meves § 366[8] N. 7, 9, Oppenh. N. 22.

β) Die Nr. 3, 9 u. 10 schützen die Verkehrssicherheit „auf öffentl. Wegen, Straßen, Plätzen (§ 116 N. 2) o. Wasserstraßen" (§ 243 N. 37b) und endlich die Nr. 2 u. 4 diejenige „auf öffentl. Straßen o. Plätzen" und zwar der „Städte o. Dörfer" (Nr. 2) bzw. lediglich der „Städte" (Nr. 4); denn auch im Falle der ersten Alternative der Nr. 2, desgleichen im Falle der Nr. 4 sind augenscheinlich nur die „öffentl. Straßen u. Plätze" der Städte bzw. Dörfer gemeint. Unzulässig ist es, im Falle der Nr. 4 unter „Städten" auch „Dörfer mit städt. Straßenverkehr" zu verstehen; so jedoch Rotering N. 4_2.

b) Insofern sind die Vorschriften aller dieser Nr. allgemeiner Natur, als sie auf öffentl. Verkehrswege (bzw. andere „Orte") Anwendung finden, einerlei welcher Struktur dieselben sind (vgl. Berlin 3. Dez. 74 O. **15** 834), also an sich auf „Sandwege" so gut wie auf „Chausseen" 2c. Daraus ist zu folgern, daß die Spezialvorschriften der Landesgesetze über den Verkehr auf gewissen öffentl. Straßen (Brücken), die mit Rücksicht auf deren Besonderheiten erlassen sind, von den btr. Nr. nicht berührt werden; so Berlin 19. Feb. 74 G. **22** 56, 3. Dez. 74 (s. o.) btr. der „Zusätzlichen Bestimmungen zum PrChausseegeldtarif v. 29. Feb. 1840"; vgl. auch: Meves § 366[9] N. 19[10], 21, Rotering N. 2_3.

Zu Nr. 2.

a) Die Nr. 2 (vgl. auch o. Allg. Bem. zu Nr. 2 ff.) enthält einen Mischthatbestand; soweit dieselbe sich richtet gegen „übermäßig schnelles Fahren o. Reiten" (übrigens gleichgültig mit welchen Thieren, also z. B. auch mit Hunden; ebenso Rüd.-St. N. 6) liegt ein reines Polizeidelikt vor, während das „Einfahren o. Zureiten mit gemeiner Gefahr" (vgl. Abschn. 27 N. 1 u. § 312 N. 4) ein Gefährdungsdelikt ist. Eine Schuld ist aber in beiden Fällen erforderlich (Abschn. 29 N. 2_3), namentl. handelt es sich auch bei der ersteren Alternative nicht um ein „reines Formaldelikt, bei welchem lediglich die äußere Hdlg. in Frage komme"; so jedoch **RG.** I 13. Okt. 83 R. **5** 604; richtiger Ansicht zufolge (so: Geyer **1** 188, Lucas Subj. Verschuldg. S. 141, Rotering N. 2_2) ist aber das „übermäßig schnelle Fahren" z. B. nicht strafbar, wenn es in Folge Durchgehens der Pferde gegen den Willen

des Fahrenden geschieht. Andererseits wird nicht nur bei dem Polizeidelikte, sondern auch bei dem Gefährdungsdelikte Fahrlässigkeit zur Bestrafung genügen, wofür bei letzterem seine Zusammenstellung mit einem reinen Polizeidelikte spricht (vgl. Th. I Abschn. 4 N. 4_1); deshalb ist auch derjenige aus Nr. 2 strafbar, der beim Einfahren von Pferden das Vorliegen der gemeinen Gefahr aus Fahrlässigkeit nicht erkannte; so, außer Lucas aO., Binding Normen 1 403 N. 22 (absichtliche o. unabsichtliche Gefährdung, so zu sagen „fahrl. Delikt ohne Erfolg"); aM. Rotering N. 2_2, der in Nr. 2 ein vorsätzl. Delikt bedroht sieht, bei dem der Thäter das Vorliegen der gemeinen Gefahr wissen müsse.

b) Idealkonk. (§ 73) ist denkbar mit Tödtungs- u. Körperverletzungsdelikten, insbs. mit fahrlässigen (§§ 222, 230); so: RG. 1 13. Okt. 83 R. 5 604, Geyer I 188, H. Meyer S. 491 N. 26, Binding Normen 2 457; aM. v. Liszt S. 245, es sei nur wegen des Vergehens zu strafen.

Zu Nr. 3.

a) Da in Nr. 3 (vgl. auch o. Allg. Bem. zu Nr. 2 ff.) das „muthwillige" (§ 134 N. 3_2) Verhindern des Vorbeifahrens Anderer bedroht ist, so handelt es sich um ein vorsätzliches Delikt; Rotering N. 3; nach Meves N. 5 dagegen soll der Begriff keine subjektive Rechtswidrigkeit erfordern. Da das „Verhindern", im Gegensatz zum bloßen „Hindern" (§ 46 N. 11 b), das Unmöglichmachen bezeichnet, so muß die Thätigkeit, wenn auch nur zeitweise, eine erfolgreiche gewesen sein; Meves N. 6. Gleichgültig ist übrigens, wodurch das Hinderniß bewirkt wird (Meves aO.), es kann deshalb namentl. auch in dem Unterlassen des Ausweichens bestehen, das aber nach Obigem ein vorsätzliches sein muß; Rüd.-St. N. 7, Rotering N. 3.

Zu Nr. 4.

a) Mit Strafe bedroht ist in Nr. 4 (vgl. auch o. Allg. Bem. zu Nr. 2 ff.) die, wenn auch nur fahrlässige (Binding Normen 1 403 N. 22, Rotering N. 4_1) Verletzung des Gebotes (Aldosser Unterlassungsdel. S. 132), in „Städten" (s. o. N. a zu den Nr. 2—5, 8—10) beim Schlittenfahren einerseits „feste Deichseln zu benutzen", andererseits „ein Geläute o. Schellen anzubringen."

Zu Nr. 5.

a) An denjenigen, der „Thiere", gleichgültig welcher Art, an Orten (vgl. auch o. Allg. Bem. zu Nr. 2 ff.), wo sie durch körperliche Bewegungen (nicht etwa durch Ansteckung) „Schaden", d. h. hier nicht nothwendig „Vermögensschaden" (§ 268 N. 3), wenn er auch meist diese Natur haben wird, sondern irgend welche Verschlechterung des körperlichen Zustandes von Menschen, Thieren o. leblosen Sachen (Oppenh. N. 9 „Schaden an Personen o. Sachen") „anrichten können" (s. u. Nr. 8 N. a), „stehen läßt o. führt", ist das Gebot (Aldosser Unterlassungsdel. S. 132, Landsberg Kommissivdel. S. 219) gerichtet, die „erforderlichen Sicherheitsmaßregeln" (vgl. § 367[14] „Sicherungsmaßregeln" u. § 367[11] „Vorsichtsmaßregeln") zu ergreifen. Als Subjekt der strafb. Unterlassung, die eine vorsätzliche o. fahrlässige sein kann (Rotering N. 5_2), erscheint ausweislich des Wörtchens „Wer" ein Jeder, der ein Thier augenblicklich unter seiner Obhut hat und dasselbe vernachlässigt, gleichviel in welchem Verhältnisse er zu dem Thiere steht; München 11. Jan. 78 St. 5 180, Berner S. 692.

b) Außer der Nr. 5 enthält auch § 367[11] eine Vorschrift zur Sicherung gegen Gefahren aus der Nichtbeaufsichtigung von Thieren; trotzdem regeln beide Bestimmungen nicht etwa zusammen die Materie der strafb. Gefährdungen durch Nichtbeaufsichtigung von Thieren, vielmehr enthalten sie nur Einzelbestimmungen, so daß landesrechtlich noch weitergehende Vorschriften gegeben werden können; so das in N. 4 b zum EG. § 2 cit. ROHG. 7. Jan. 76 Entsch. 19 348.

Zu Nr. 6.

a) Das „Hetzen" von „Hunden" (gleichgültig, welcher Art und Größe; aM. v. Kirchmann, der verlangt, daß die Hunde einen Menschen müßten erschrecken können) auf Menschen ist, worüber kein Zweifel, begrifflich eine vorsätzliche Hdlg. Gleichgültig ist dagegen der Zweck, zu welchem das „Hetzen" geschah; es kann deshalb namentl. auch zum Zwecke einer

Körperverltzg. geschehen und wird durch diesen Zweck die Anwendung der Nr. 6 nicht ausgeschlossen; Berner S. 692, Hälschner 2 89, Rüd.-St. N. 10, Binding Normen 1 403. Die Hdlg. braucht nicht nothwendig eine „Gefährdung" zu enthalten, so ist das Hetzen z. B. auch dann strafbar, wenn es mit einem zahnlosen Hunde geschieht o. mit einem solchen, der zu feige ist, Menschen zu packen. Demnach liegt ein reines Polizeidelikt vor, bei dem jedoch seiner Natur nach nur vorsätzliches Handeln strafbar ist. Darnach ergiebt sich nicht nur die Anwendbarkeit der Nr. 6, falls ein aus § 223 nicht strafb. Versuch der Körperverltzg. vorliegt (Binding aO. u. Handbuch 1 360 N. 10 „Surrogatsversuchstrafe", Rotering N. 6), sondern auch die Möglichkeit der Idealkonk. (§ 73) mit vollendeter, fahrl. o. selbst vorsätzl., Körperverltzg.; so: Hälschner 2 89, H. Meyer S. 491 N. 26, Rüd.-St. N. 10, und speziell wegen vorsätzl. K. RG. II 1. Juni 83 E. 8 315; aM.: Binding 1 360 (abweichend noch Normen 2 457), v. Schwarze N. 6, Rotering N. 6. Daraus aber folgt weiterhin, daß Bestrafung aus Nr. 6 einzutreten hat, falls der zur Bestrafung wegen Körperverltzg. erforderliche Strafantrag nicht gestellt ist (§ 73 N. 24a); so freilich auch Binding im Handbuch u. Normen 1 aO.

Zu Nr. 7.

a) Aehnlich wie in Nr. 6 handelt es sich auch hier bei dem „Werfen mit Steinen 2c." um eine „vorsätzliche" Hdlg. (so die OM., insbs. Berlin 20. Sept. 76 O. 17 575), die zu allen möglichen Zwecken vorgenommen sein kann, insbs. behufs Körperverletzung o. Sachbeschädigung. Demnach steht auch hier ein reines Polizeidelikt in Frage; Gefährdung wird zumeist vorliegen, erscheint aber nicht unbedingt erforderlich. Die Bemerkungen zur Nr. 6 betreffs der Anwendung bei versuchter Körperverltzg. gelten deshalb hier entsprechend; auch kann Idealkonk. (§ 73) stattfinden mit Körperverltzg. bzw. Sachbeschädigg.; so: RG. I 5. Feb. 91 E. 21 314 (mit fahrl. Körperverltzg.), Berner S. 692, Hälschner 2 89, H. Meyer S. 491 N. 26, Oppenh. N. 15, 20, Rüd.-St. N. 11; aM.: Binding 1 360, v. Schwarze N. 7 A. 2.

b) Wenn der Gesetzgeber vom Werfen „auf Menschen" 2c., „gegen Häuser" 2c. und „in Gärten 2c." spricht, so ist klar, daß er mittels der verschiedenen Präpositionen auch Verschiedenartiges hat zum Ausdruck bringen wollen; Berlin 5. Dez. 77 St. 8 326. Insbs. wird darnach mit dem Werfen „auf Menschen" nur die Richtung des Wurfes i. S. von „nach" angedeutet, so daß ein Treffen nicht erfordert wird; so: RG. I 31. Jan. 81 E. 3 306, cit. Berlin, Berner S. 692, Oppenh. N. 14, Rüd.-St. N. 11, Rotering N. 7_1; aM.: München 22. Dez. 70 St. 7 210, F. Meyer N. 7, Rubo N. 8, v. Schwarze N. 7. Beim Werfen „gegen Häuser" gehört dagegen das Treffen zum Thatbestande; so: cit. Berlin, Berner, Oppenh. u. Rotering aO.; aM. Rüd.-St. aO., auch das „gegen" habe nur die Richtung im Auge. Beim Werfen „in Gärten" muß der Stein in den Raum hineingelangt sein; Berner, Rotering aO.

c) Was die äußeren Objekte, gegen welche die Hdlg. sich richtet, betrifft, so sind dieselben zum Theil — nämlich „Häuser, Gebäude o. Einschließungen" — als „fremde" bezeichnet, womit dieselben als im Eigenthum bzw. Miteigenthum eines Anderen stehend charakterisirt werden (vgl. § 242 N. 5 ff., insbs. N. 11). Aus dem Grunde, weil sonst die Rechtswidrigkeit wegfalle, wird das Wort „fremde" auch bezüglich der „Gärten 2c." (Oppenh. N. 17) oder sogar auch noch bezüglich der „Thiere" (Rotering N. 7_1) subintelligirt. Das erscheint jedoch zu weit gehend, obschon zweifellos objektive Rechtswidrigkeit der Hdlg. auch hier erfordert wird (Abschn. 29 N. 2_2). Allein dieselbe wird keineswegs unbedingt ausgeschlossen beim Werfen auf eigene Thiere bzw. in eigene Gärten; man denke an den Fall, daß der Stein geworfen wird auf ein von einem Anderen gerittenes Pferd (Binding Normen 1 404) oder in einen an einen Dritten verpachteten Garten; so Puchelt N. 7 betreffs des Hineinwerfens, das keine „fremden" Gärten voraussetze. Im übrigen ist noch hervorzuheben:

α) Die Benennung von „Zug- o. Lastthiere" deutet darauf hin, daß die Bestimmung insoweit den Verkehr auf der öffentl. Straße 2c. im Auge hat, da sonst diese Beschränkung nicht erklärlich sein würde (aM. Rüd.-St. N. 13); ist nun auch nicht erforderlich, daß das Thier im Augenblick des Werfens zum Ziehen o. Lastentragen verwendet werde, so ist doch der Thatbestand ausgeschlossen, wenn z. B. auf ein solches etwa im geschlossenen Raum ausgestelltes Thier geworfen wird.

β) Neben „Gebäuden" (§ 243 N. 11) sind überflüssiger Weise auch noch „Häuser"

genannt, die unter den Begriff jener fallen. Mit „Einschließungen" sind die Umwehrungen selbst bezeichnet.

γ) Daraus, daß neben „Gärten" auch noch „eingeschlossene Räume" genannt werden, erhellt, daß jene gegen das Hineinwerfen geschützt werden, auch insofern sie nicht eingeschlossen sind. Der Ausdruck „eingeschlossener R." ist übrigens nicht gleichbedeutend mit „umschlossener R." i. S. des § 243 (das. N. 7); Oppenh. N. 18, v. Schwarze N. 7; wohl aber sind identisch die Begriffe „befriedet" i. S. des § 123 (das. N. 5) bzw. „mit einer Einfriedigung versehen" i. S. des § 368⁹ (das. N. bα); es kommt weniger an „auf die durch die Umschließung hervorgebrachte Unzugänglichkeit als darauf, daß die btr. Räumlichkeit durch irgend eine äußerlich erkennbare Vorrichtung nach allen Seiten hin befriedet sei;" so richtig Oppenh. N. 18, dar aber trotzdem die gleiche Bedeutung mit „befriedet" i. S. des § 123 bestreitet. Hiernach gehören jedenfalls auch „Gebäude" (β) zu den „eingeschlossenen Räumen", so daß ein Werfen in Häuser z. B. durch ein offenes Fenster gleichfalls unter Nr. 7 fällt; v. Kirchmann N. 7, Oppenh. N. 18, Puchelt N. 7.

d) Die geworfenen Objekte btr. so wird das Beschädigende („Steine o. andere harte Körper") dem „Unrath" gegenübergestellt, jedoch nicht um letzteren Begriff irgendwie zu beschränken, sondern nur um damit allgemein das Verunreinigende zu bezeichnen, auch wenn es nicht gerade als ekelerregend gilt; RG. 5. Feb. 91 (s. o. a), speziell btr. Werfen mit frisch gemischtem Kalk.

e) Ist die Hdlg. reines Polizeidelikt (a), so wird trotz ihrer Vorsätzlichkeit die Bestrafung nicht unbedingt, wie Rotering N. 7₁ annimmt, durch das Fehlen des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit ausgeschlossen, wie z. B. bei der Annahme der Einwilligung des Verletzten. Es wird vielmehr darauf ankommen, ob jenes Bewußtsein aus Fahrlässigkt. ausgeschlossen war o. nicht.

Zu Nr. 8.

a) In Nr. 8 (vgl. auch o. Allg. Bem. zu Nr. 2 ff., 8 ff.) stehen an sich vorsätzliche Hdlgen in Frage, wie „aufstellen o. aufhängen" bzw. „ausgießen o. auswerfen"; allein dieselben sind für strafbar erklärt ohne Rücksicht auf konkrete Gefährdung, sondern lediglich unter der objektiven Voraussetzung, daß das Aufstellen rc. „ohne gehörige Befestigung" erfolgte, bzw. das Ausgießen rc. auf eine Art und Weise, daß die Beschädigung o. Verunreinigung eines Menschen erfolgen „kann"; es liegt somit ein reines Polizeidelikt vor, nicht etwa ein Gefährdungsdelikt o. etwa ein fahrl. Verletzungsdelikt; RG. IV 17. Apr. 88 E. 17 303. Nur die Möglichkeit einer Gefährdung o. Verletzung i. e. S. wird erfordert; diese aber bedarf der nöthigen thatsächlichen Feststllg.; München 19. Okt. 77 St. 8 327. Das cit. RG. (dem sich anschließend Oppenh. N. 23) geht aber zu weit, wenn es auf das Vorhandensein eines subjektiven Schuldmomentes hinsichtlich der Strafbarkeit der Hdlg. gar kein Gewicht legt (vgl. Abschn. 29 N. 2₃); so wird Strafbarkeit nicht eintreten können, wenn die Befestigung lediglich in Folge eines Zufalles eine „nicht gehörige" war, z. B. in Folge eines unsichtbaren inneren Sprunges eines zur Befestigung, etwa eines Blumentopfes, verwendeten eisernen Bandes, oder wenn Jemand vor dem Ausgießen in sorgfältiger Weise von der Abwesenheit von Personen auf weitere Entfernung sich überzeugt hat, dennoch aber eine Person in unsichtbarer Weise, z. B. versteckt unter Stroh, etwa in diebischer Absicht sich verborgen gehalten hat; insoweit ist also zur Strafbarkeit Fahrlässigkeit erforderlich (Rotering N. 8₁) und führt deshalb auch der irrige Glauben einer genügenden Befestigung, wenn er nicht auf Fahrlässgkt. beruht, zur Freisprechung; aM. das cit. RG., dsgl. Meves N. 10, 11.

b) Die fraglichen Hdlgen — für die nach allg. Rechtsgrundsätzen über die sog. mittelbare Thäterschaft (vgl. Th. I Abschn. 3 N. 5₄) auch derjenige verantwortlich ist, der dieselben durch andere vornehmen läßt (so das zu a cit. RG.) — sind nicht etwa unter dem Gesichtspunkte der Reinlichkeit auf den Straßen mit Strafe bedroht (vgl. deshalb Nr. 10; Rotering N. 8₂), sondern vielmehr lediglich im sicherheitspolizeilichen Interesse rücksichtlich der Personen in Bezug auf körperliche „Beschädigung" (nicht nothwendig „Verletzung"; Meves N. 10) o. wenigstens „Verunreinigung" (wozu auch ein vielleicht unbedeutender u. leicht zu

beseitigender Fleck am Körper o. an der Kleidung eines Menschen genügt; Meves aO.); München 19. Okt. 77 St. 8 327, Berner S. 693, Meves N. 7.

Wenn übrigens die Hdlgen mit Strafe nur bedroht sind, insofern sie vorgenommen werden „nach einer Straße rc. hinaus", so hat dadurch nur erfordert werden sollen, daß die durch die That bedingte Möglichkeit einer Gefährdung o. Verletzung (s. o. a) einen an einem solchen Orte sich aufhaltenden Menschen treffen könne, während nicht ausgeschlossen ist, daß die Hdlg. auch an dem Orte selbst vorgenommen ist; Meves N. 13; vgl. auch den dem cit. RG. zu Grunde liegenden Fall „Aufstellen eines ausgehobenen Bretterzaunes auf der öffentl. Straße."

c) Wird durch das „Umstürzen" rc. oder „Ausgießen" rc. ein Mensch beschädigt und dadurch der Thatbestand einer Körperverlzg. (§§ 223 ff.) begründet, so ist, wie bei der Nr. 5, die Möglichkeit einer Idealkonk. (§ 73) gegeben, da die Nr. 8 nur ein reines Polizeidelikt bedroht; so: Berner S. 693, Rüd.-St. N. 16; aM. anscheinend Oppenh. N. 23. Können die Strafbestimmungen wegen Körperverlzg., z. B. wegen fehlenden Strafantrages, keine Anwendung finden, so ist die Strafe aus Nr. 8 festzusetzen.

Zu Nr. 9.

a) Auch die Nr. 9 (vgl. übrigens o. Allg. Bem. zu Nr. 2 ff., 8 ff.) enthält ein reines Polizeidelikt; die Vorschrift bezweckt, ohne jedoch die Materie zu regeln, den „freien" — d. h. ungehinderten — „Verkehr" auf den öffentlichen Kommunikationswegen zu sichern, abgesehen übrigens von „Eisenbahnstraßen", bezüglich derer die §§ 315 f. als Spezialvorschriften Platz greifen; Meves N. 18. Es wird aber nur unter Strafe gestellt die Uebertretung des speziellen Verbotes (aM. Alboffer Unterlassungsdel. S. 132 u. Landsberg Kommissivdel. S. 219, die das Vorliegen eines Gebotes aufnehmen), den Verkehr zu „hindern" (vgl. dagegen „verhindern" oben in Nr. 3) durch „Aufstellen rc. von Gegenständen." Die Gesetzesworte sprechen ganz deutlich, daß durch diese Hdlgen der „freie Verkehr gehindert" sein müsse; so auch München 1. März 73, 13. Jan. 77, St. 2 251, 7 212. Es ist die Behauptung von Berlin KG. 23. Juni 81 Jahrb. 2 253, daß der Wortlaut der fr. Strafandrohung für jene Auffassung nicht spreche, unrichtig, deshalb auch die Ansicht, daß zur Anwendung der Nr. 9 das Aufstellen rc. von Gegenständen genüge, welche geeignet seien, den freien Verkehr zu hindern; so jedoch auch: München OLG. 3. Juli 90 BayerS. NF. 6 180, Berner S. 693, Meves N. 14, F. Meyer N. 9, Oppenh. N. 25, v. Schwarze N. 9. Es liegt aber dieser Ansicht eine Verwechselung zu Grunde, so daß praktisch kaum eine Differenz in der Beurtheilung der konkreten Fälle sich ergeben wird; denn es verlangt das Gesetz nicht, daß eine bestimmte Person, ein bestimmtes Fuhrwerk am freien Verkehr, sondern vielmehr nur, daß der „freie Verkehr" als solcher gehindert sei, ganz ähnlich wie bei der Gefährdung „des Transportes auf einer Eisenbahn" (§ 315 N. 7) nicht nothwendig ein bestimmter Transport gefährdet zu sein braucht; dem nähert sich auch die Ansicht von Meves aO. Vgl. übriges Nr. 10 N. b.

b) Was die Hdlgen selbst betrifft, so passen die gebrauchten Ausdrücke „Aufstellen, Hinlegen o. Liegenlassen" jedenfalls nur auf bewegliche Sachen, nicht auf solche, die mit dem Grund u. Boden in feste Verbindung gebracht sind; Oppenh. N. 25a. Dagegen kann nicht zugegeben werden, daß die Ausdrücke auf das Haltenlassen von Fuhrwerken rc. nicht bezogen werden könnten; so jedoch: Berlin 3. Dez. 74 O. 15 834, Rotering N. 9_3. Es kommt nur in Betracht, daß auch diese Hdlgen lediglich dann bestraft werden können, wenn sie objektiv rechtswidrig sind (Abschn. 29 N. 2_1); so Meves N. 17, die Hdlg. rc. müsse eine „unbefugte" sein, (obgleich er in N. 16 den Eintritt „der Thatsache" für strafbar erklärt); vgl. auch Oppenh. N. 25b. Da nun die öffentlichen Straßen zum Verkehr bestimmt sind, so kann ein „Haltenlassen" eines Wagens, wenn es den polizeilichen Vorschriften entsprechend erfolgt, den Thatbestand nicht erfüllen, wohl aber ein nicht-vorschriftsmäßiges Haltenlassen; vgl. auch den der Entsch. Darmstadt OLG. 28. Nov. 89 G. 38 77 zu Grunde liegenden Fall, wo Freisprechung wesentlich deshalb erfolgte, weil die durch Haltenlassen eines Fuhrwerks in einer engen Sackgasse bedingte Verkehrsstörung nicht länger dauerte, als zur Abladung des Heus nöthig war. Mit Recht wurde dagegen die objektive Rechtswidrigkeit nicht durch

die Vorschriften der CPO. für ausgeschlossen erachtet gegenüber einem Gerichtsvollzieher, welcher bei Ausführung einer Exmission die Mobilien des zu Exmittirenden auf einer öffentl. Straße in Verkehr hindernder Weise ohne die erforderliche poliz. Genehmigung aufgestellt hatte; Berlin KG. 23. Juni 87 Jahrb. 7 278.

Wie übrigens im Falle der Nr. 8 durch die Wortfassung Hdlgen nicht ausgeschlossen werden, die an dem btr. Orte selbst vorgenommen sind, so liegt im Falle der Nr. 9 ein „Aufstellen auf der Straße" auch dann vor, wenn zwar die mittelbare Unterstützung des Gegenstandes auf eigenem Grund u. Boden stattfindet, aber derselbe, z. B. ein Langholz, in den Weg hineinragt; München 28. Jan. 76 St. 6 72, Berner S. 693.

c) Subjekt der Uebertr. ist derjenige, der die btr. Hdlg. o. Unterlassg. vornimmt; deshalb namentl. im Falle des „Liegenlassens" derjenige, der die Wegnahme des Gegenstandes unterläßt, obgleich er die thatsächliche Verfügung über denselben hat, mag er auch nicht der Eigenthümer sein u. mag er ihn auch nicht persönlich hingelegt haben; Dresden 24. Juni 76 St. 7 210, das einen Gastwirth strafte, der vor seinem Gasthofe zum Futtern benutzte, ihm nicht gehörige Krippen, deren Aufstellung auf der Straße er wissentl. hatte geschehen lassen, in der Stellung beließ.

Auch der Eigenthümer des öffentl. Weges rc. (vgl. § 116 N. $2a_2$) kann aus Nr. 9 strafbar werden, da die Eigenthumsrechte durch den Umstand beschränkt werden, daß der Weg rc. die Qualität eines öffentlichen hat; so richtig Meves N. 16. Dagegen verliert der Eigenthümer einer Privatstraße durch zeitweise Freigabe einer solchen nicht ohne Weiteres die Befugniß, den öffentl. Verkehr durch äußere Hindernisse abzusperren; Berlin KG. 17. Juni 89 Jahrb. 9 245.

d) Zur Bestrafung kann die bloße Thatsache des Aufstellens rc. eines Gegenstandes nie hinreichen (so jedoch Meves N. 16); vielmehr ist auch hier eine Schuld des Thäters erforderlich, die auch, insoweit die Hdlgen als solche vorsätzliche sind, wie das „Aufstellen" u. „Hinlegen" stets, das „Liegenlassen" wenigstens unter Umständen, insofern fahrlässig begangen werden kann, als entweder die Eigenschaft des Weges als eines öffentlichen oder die eintretende Folge der Verkehrshinderung nicht erkannt wird; Rotering N. 9_1.

Zu Nr. 10.

a) Die Nr. 10 (vgl. auch o. Allg. Bem. zu Nr. 2 ff., 8 ff.) enthält ein sog. Blankettstrafgesetz (§ 145 N. 1), indem für strafbar erklärt werden „Uebertretungen" (hier deckt sich der technische Begriff mit dem nicht-technischen i. S. des § 145; das. N. 3) der „zur Erhaltung der Sicherheit rc." (vgl. § 327 N. 3) landesrechtlich, durch die zuständige Landes-, Bezirks- o. Ortspolizeibehörde (Dresden 23. Apr. 75 St. 6 73, Binding Normen I 163, Meves N. 20, Oppenh. N. 30, Rotering N. 10) erlassenen „Polizei-Verordnungen", d. h. mit allgemein verbindlicher Kraft für den btr. Bezirk erlassener Verordnungen polizeil. Inhalts, nicht etwa individuell ergangener polizeil. Verfügungen; so: Berner S. 693, Meves, Oppenh., Rotering aO., Rüd.-St. N. 18; aM. anscheinend Dresden 31. Mai 75 St. 6 74, das an sich die Nr. 10 für anwendbar erachtete bei einem „mehreren Kleiderhändlern bekannt gemachten Verbote" des sog. Anreißens. Es können deshalb den Schutz der Nr. 10 nicht genießen „Dienstvorschriften für eine amtliche Stellung", z. B. einen Chausseegeldempfänger, oder „vertragsmäßige Abkommen", z. B. der Ortspolizeibehörde btr. Straßenreinigung (Oppenh. N. 31, 32), wohl aber z. B. § 117 des Straßenpolizeiregl. f. Berlin v. 7. Apr. 1867, wonach „den zur Erhaltung der Sicherheit rc. auf öffentl. Straße ergehenden Anordnungen der Aufsichtsbeamten unbedingt Folge zu leisten ist"; RG. II 7. Juni 87 R. 9 379. Hier steht eben eine allgemeine PolV. in Frage, aus der der einzelne Polizeibeamte im gegebenen Falle seine Ermächtigung schöpft.

b) Die Uebertretung der Polverordngen wird bestraft, sofern diese den bezeichneten Zweck verfolgen; es kommt also keineswegs darauf an, ob durch die Uebertr. die Sicherheit rc. auf den öffentlichen Kommunikationswegen in der That gefährdet oder verletzt wurde (vgl. o. Nr. 1 N. e). Dabei ist nicht zu verkennen, daß von den fraglichen Gesichtspunkten aus, namentl. auch „zur Erhaltung der Bequemlichkeit", Verordnungen erlassen werden können, welche die nur für spezielle Fälle gegebene Bestimmung der Nr. 9 verallgemeinern;

München 1. März 73 St. 2 251; vgl. auch Rotering N. 9₂, die Hdlgen des Aufstellens ꝛc. von Gegenständen auf öffentl. Straßen, insoweit sie den freien Verkehr nicht hinderten, könnten polizeilich bei Strafe nicht verboten werden, es sei denn, daß ein anderes Rechtsgut geschützt werden solle.

c) Der Uebertretende („Wer . . übertritt") ist mit Strafe bedroht; deshalb ist es unzulässig, lediglich aus Nr. 10 (ohne Anwendung der §§ 47 o. 48) etwa einen Geschäftsinhaber für Zuwiderhdlgen seiner Angestellten verantwortlich zu machen; es würde das gültiger Weise auch nicht durch eine PolV. geschehen können, da dieselbe mit den allg. Grundsätzen des StGB. (Th. I Abschn. 3) über die Theilnahme in Widerspruch treten würde; so das o. zu a cit. Dresden 31. Mai 75. Auch der Eigenthümer eines öffentl. Weges kann aus Nr. 10 sich strafbar machen; München OLG. 31. Mai 90 BayerE. NF. 6 118.

Schlußnote. Wg. Strafe, Verjährung u. Zuständigkeit vgl. Abschn. 29 N. 8—10.

§. 366 a.

Wer die zum Schutze der Dünen und der Fluß- und Meeresufer, sowie der auf denselben vorhandenen Anpflanzungen und Anlagen erlassenen Polizei-Verordnungen übertritt, wird mit Geldstrafe bis zu einhundertfunfzig Mark oder mit Haft bestraft.

PrStGB. (fehlt). Entw. I, II (fehlt). Entw. d. StGN. Art. II § 366a. Aktenst. 1875/76 Nr. 54. StB. S. 1029 f.

1) Geschützt werden durch das vorliegende sog. Blankettstrafgesetz (§ 145 N. 1; Binding Normen I 162 N. 10) partikularrechtliche Normen, die in — älteren o. zukünftigen (Meves N. 5) — „Polizei-Verordnungen" (§ 366 [10] N. a) enthalten sein müssen; letztere müssen erlassen sein „zum Schutze" (§ 327 N. 3) der natürlichen Schutzwälle, der „Dünen" (einschließlich ihres natürlichen Pflanzenwuchses; Berner S. 694, Meves N. 2, Rüd.-St. N. 2), der „Fluß- u. Meeresufer" und der auf diesen und jenen vorhandenen von Menschenhand veranstalteten (Berner, Meves, Rüd.-St. aO.) „Anpflanzungen" (also nicht blos der eingesetzten, sondern auch der durch Säen entstandenen Pflanzen) und „Anlagen", soweit dieselben nicht etwa schon als „Bauwerke" durch § 321 geschützt sind (so, außer Berner u. Meves, die Motive).

2) Immer handelt es sich um Delikte rein polizeilichen Charakters, nämlich um Zuwiderhdlgen gegen Anordnungen der Sicherheitspolizei (v. Liszt S. 631), die keineswegs dann rechtsungültig sind, wenn sie in etwaige Privatrechte eingreifen; Berlin KG. 22. Dez. 90 Jahrb. II 191. Deshalb wird stets auch das fahrlässige Zuwiderhdeln strafbar sein, es sei denn, daß die btr. PolV. ausdrücklich nur gegen vorsätzliches Thun o. Lassen sich richte (vgl. § 145 N. 3₁); vgl. Rotering N. 1, der es als Auslegungsfrage ansieht, ob Fahrlässigkeit genüge, was jedoch als Regel anzunehmen sei, wenn es um Uebertretung eines Gebotes sich handele.

3) Wegen Strafe, Verjährung und Zuständigkeit vgl. Abschn. 29 N. 8—10.

§. 367.

Mit Geldstrafe bis zu einhundertfunfzig Mark oder mit Haft wird bestraft:

1) wer ohne Vorwissen der Behörde einen Leichnam beerdigt oder bei Seite schafft, oder wer unbefugt einen Theil einer Leiche aus dem Gewahrsam der dazu berechtigten Personen wegnimmt;
2) wer den polizeilichen Anordnungen über vorzeitige Beerdigungen entgegenhandelt;
3) wer ohne polizeiliche Erlaubniß Gift oder Arzeneien, soweit der Handel mit denselben nicht freigegeben ist, zubereitet, feilhält, verkauft oder sonst an Andere überläßt;

4) wer ohne die vorgeschriebene Erlaubniß Schießpulver oder andere explodirende Stoffe oder Feuerwerke zubereitet;

5) wer bei der Aufbewahrung oder bei der Beförderung von Giftwaaren, Schießpulver oder Feuerwerken, oder bei der Aufbewahrung, Beförderung, Verausgabung oder Verwendung von Sprengstoffen oder anderen explodirenden Stoffen, oder bei Ausübung der Befugniß zur Zubereitung oder Feilhaltung dieser Gegenstände, sowie der Arzeneien die deshalb ergangenen Verordnungen nicht befolgt;

5 a. wer bei Versendung oder Beförderung von leicht entzündlichen oder ätzenden Gegenständen durch die Post die deshalb ergangenen Verordnungen nicht befolgt;

6) wer Waaren, Materialien oder andere Vorräthe, welche sich leicht von selbst entzünden oder leicht Feuer fangen, an Orten oder in Behältnissen aufbewahrt, wo ihre Entzündung gefährlich werden kann, oder wer Stoffe, die nicht ohne Gefahr einer Entzündung bei einander liegen können, ohne Absonderung aufbewahrt;

7) wer verfälschte oder verdorbene Getränke oder Eßwaaren, insbesondere trichinenhaltiges Fleisch feilhält oder verkauft;

8) wer ohne polizeiliche Erlaubniß an bewohnten oder von Menschen besuchten Orten Selbstgeschosse, Schlageisen oder Fußangeln legt, oder an solchen Orten mit Feuergewehr oder anderem Schießwerkzeuge schießt, oder Feuerwerkskörper abbrennt;

9) wer einem gesetzlichen Verbot zuwider Stoß-, Hieb- oder Schußwaffen, welche in Stöcken oder Röhren oder in ähnlicher Weise verborgen sind, feilhält oder mit sich führt;

10) wer bei einer Schlägerei, in welche er nicht ohne sein Verschulden hineingezogen worden ist, oder bei einem Angriff sich einer Waffe, insbesondere eines Messers oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges bedient;

11) wer ohne polizeiliche Erlaubniß gefährliche wilde Thiere hält, oder wilde oder bösartige Thiere frei umherlaufen läßt, oder in Ansehung ihrer die erforderlichen Vorsichtsmaßregeln zur Verhütung von Beschädigungen unterläßt;

12) wer auf öffentlichen Straßen, Wegen oder Plätzen, auf Höfen, in Häusern und überhaupt an Orten, an welchen Menschen verkehren, Brunnen, Keller, Gruben, Oeffnungen oder Abhänge dergestalt unverdeckt oder unverwahrt läßt, daß daraus Gefahr für Andere entstehen kann;

13) wer trotz der polizeilichen Aufforderung es unterläßt, Gebäude, welche den Einsturz drohen, auszubessern oder niederzureißen;

14) wer Bauten oder Ausbesserungen von Gebäuden, Brunnen, Brücken, Schleusen oder anderen Bauwerken vornimmt, ohne die von der Polizei angeordneten oder sonst erforderlichen Sicherungsmaßregeln zu treffen;

15) wer als Bauherr, Baumeister oder Bauhandwerker einen Bau oder eine Ausbesserung, wozu die polizeiliche Genehmigung erforderlich ist, ohne diese Genehmigung oder mit eigenmächtiger Abweichung von dem durch die Behörde genehmigten Bauplane ausführt oder ausführen läßt.

16) ..... Eingefügt d. Ges. v. 10/6 93 / Anfang

In den Fällen der Nr. 7 bis 9 kann neben der Geldstrafe oder der Haft auf die Einziehung der verfälschten oder verdorbenen Getränke oder Eßwaaren, ingleichen der Selbstgeschosse, Schlageisen oder Fußangeln, sowie der verbotenen Waffen erkannt werden, ohne Unterschied, ob sie dem Verurtheilten gehören oder nicht.

Btr. Nr. 1—9, 11—15: PrStGB. §§ 137, 186, 345 $^{1-4}$, 347 ^{5}, 345 $^{5-12}$. Entw. I §§ 353 $^{1-5}$, 354 ^{6}, 353 $^{6-13}$, II §§ 166 u. 363 ^{1}, 363 $^{2-14}$. Btr. Nr. 5a: Entw. d. ErgänzungsG. v. 13. Mai 1891 Art. VI; Aktenst. 1890/91 Nr. 36. Btr. Nr. 10: PrStGB. (fehlt); Entw. I, II (fehlt). Aktenst. Nr. 105, 114 I 3, 117 II 1, 132, 182 33. StB. S. 765 f., 667 f., 1173. Entw. d. StGN. Art. I § 367 $^{5, 8, 10}$. Aktenst. 1875/76 Nr. 54, 177 II, 196 II 3. StB. 1875/76 S. 1007 f., 1349 f.

Zu Nr. 1.

a) Ueber die Bedeutung der Synonyma „Leichnam" (Satz 1) und „Leiche" (Satz 2) vgl. § 168 N. 2. Die Verschiedenheit im Ausdruck bei der wesentlich gleichen Bedeutung erklärt sich daraus, daß Nr. 1 zusammengesetzt ist aus § 186 PrStGB., der von „Leichnam", und aus § 137 das., der von „Leiche" sprach. Uebrigens dient die Nr. 1 in ihren beiden Sätzen zur Ergänzung des § 168 (das. N. 3, 4a, c).

b) Satz 1 bedroht mit Strafe die „Beerdigung" o. die „Beiseiteschaffung" eines Leichnams, insofern dieselben „ohne Vorwissen" (§ 297 N. 4) der „Behörde" (§ 114 N. 1) erfolgen, d. h. derjenigen in concreto zuständigen Behörde, welche von dem Todesfall amtlich Kenntniß erlangt haben muß, ehe die Beerdigung o. Fortschaffung stattfinden darf; unrichtig verstehen Oppenh. N. 2 u. Rotering N. 1 unter der Behörde diejenige, welcher die Führung des Personenstdsregisters übertragen ist; vielmehr wird nach dem maßgebenden Landesrecht meist die „Ortspolizeibehörde" die zuständige sein; vgl. auch PersonenstdsG. § 60 u. unten Nr. 2 N. b.

Im Einzelnen ist hervorzuheben:

α) „Beerdigen" ist nicht identisch mit „begraben" (§ 168 N. 6a), weshalb der Begriff durch das „Verscharren" eines Leichnams auch keineswegs ausgeschlossen wird; Berlin 6. März 79 O. **20** 127. Uebrigens ist „Beerdigen" i. w. S. zu nehmen, so daß es auch die Feuerbestattung umfaßt; Berner S. 696 btr. der Nr. 2.

β) Wegen „Beiseiteschaffen" vgl. § 133 N. 5; auch hier handelt es sich, wie dort, um eine bewegliche Sache, weshalb örtliche Entfernung erforderlich ist; dagegen wird auch hier so wenig wie dort eine dauernde Entledigung verlangt, so daß der Thatbestand durch den Vorbehalt einer weiteren Verfügung nicht ausgeschlossen ist; aM.: Oppenh N. 6, Rotering N 1.

γ) Durch diesen Theil der Nr. 1 soll wesentlich der Verdunkelung von Verbrechensthatbeständen vorgebeugt werden, namentl. in den Fällen unehelicher Geburten (vgl. PrStGB. § 186$_2$). Deshalb handelt es sich um ein rein polizeiliches Delikt, so daß an sich auch die fahrlässige Begehung strafbar ist (Abschn. 29 N. 2$_2$), wie z. B. die Beerdigung bei irrthümlicher Unterstellung des Vorwissens der Behörde (Rotering N. 1), während allerdings dem Begriffe „Beiseiteschaffen" das bewußt Unberechtigte beiwohnt (§ 133 N. 5$_2$).

δ) Idealkonk. (§ 73) ist denkbar mit Begünstigg. (§ 257), z. B. eines Mörders; aM. v. Schwarze GS. **24** 382 u. John Fortgesetztes Verbr. (Berlin 1860) S. 103.

ε) Realkonk. (§ 74) ist denkbar mit den Tödtungsverbr. aus §§ 211 ff. und thatsächlich häufig mit dem des Kindesmordes aus § 217; so: **RG.** 1V 7. Dez. 86 E. **15** 107, Berner S. 695, Binding **1** 360 N. 9, Oppenh. N. 7, Bünger ZfStRW. 8 674; aM. John aO. S. 102 ff. Wurde dagegen durch die tödtende Hdlg. gleichzeitig der Körper beseitigt, wie z. B. beim Werfen desselben in einen Fluß, so liegt ausschließlich ein Tödtungsverbr. vor, weil nur eine lebende Person, nicht ein Leichnam Gegenstand der Hdlg. war; Berner u. Oppenh. aO.

c) Satz 2 enthält lediglich den Thatbestand des § 168 S. 1, nur mit der Modifikation, daß es um einen „Theil einer Leiche" sich handelt (vgl. das. N. 3); unmöglich kann deshalb jede Wegnahme einer ganzen Leiche, die nicht unter § 168 zu subsumiren ist (das. N. 4b u. c), auf Grund des S. 2 des § 367 ^{1} bestraft werden; so richtig Crusen Rechtsgut d. Pietät S. 44, 53, der zu Unrecht dem Kommentar die gegentheilige Ansicht imputirt.

Hier steht demnach die vorsätzliche Verletzung eines Rechtsgutes in Frage, die auch das Bewußtsein der mangelnden Befugniß erfordert; Rotering N. 1.

Zu Nr. 2.

a) Ein Blankettstrafgesetz (§ 145 N. 1), dessen Ausfüllung zu geschehen hat durch „polizeiliche Anordnungen" (vgl. auch § 368 1. 2), d. h. durch Bestimmungen der Reichs- o. Landesgesetzgebung polizeilichen Inhalts, ohne daß eine bestimmte Art der „Anordnungen", wie z. B. die Form der Polizeistrafverordnungen, vorgesehen wäre, u. ohne daß etwas darauf ankommt, ob die Anordnung der Form nach als eine selbständige o. als die Ausführung der Weisung einer vorgesetzten Behörde sich darstellt; Berlin 21. Feb. 77, 6. März 79, O. 18 146, 20 127. Da es um ein rein polizeiliches Delikt sich handelt, indem die Beerdigung Lebender verhütet werden soll (N. 2), so ist auch fahrlässiges „Entgegenhandeln" (ein an sich farbloser Ausdruck; vgl. § 145 N. 3) strafbar (Abschn. 29 N. 2_2), wenn nicht der Wortlaut der Anordnung positiv etwas Anderes ergiebt; Rotering N. 2.

b) Die polizeil. Anordnung muß ergangen sein „über vorzeitige Beerdigungen", d. h. zur Verhütung solcher (§ 327 N. 3). Was unter „vorzeitigen Beerdigungen" zu verstehen, ergiebt die Entstehungsgeschichte; die Vorschrift stammt aus dem PrStGB. § 345[1] (in Anlehnung an welches der Entw. I noch „voreilig" brauchte) bzw. aus dem Code pénal („inhumations précipitées"); daß dabei nur an solche Beerdigungen gedacht ist, die vorgenommen werden, bevor der Tod feststeht, namentl. vor einem gewissen Zeitablauf, erhellt aus den früheren Entwürfen des PrStGB., die ausdrücklich die gewöhnliche Frist von 3 Tagen aufnehmen wollten; so Berner S. 696 u. Oppenh. N. 16, der mit Recht bemerkt, daß die Nr. 2 außer Anwendung bleibe, wenn eine Anordnung andere Zwecke, z. B. die Ermittelung der Todesursache, verfolge. Das ist aber entschieden der Fall beim § 60 des PersonenstdsG., der zu einer Beerdigung vor Eintragung des Sterbefalles in das Sterberegister die Genehmigung der Ortspolizeibehörde erfordert; aM. jedoch München 23. Sept. 76 St. 7 225 u. Berlin 6. März 79 O. 20 127, die das dort gegebene Verbot durch Nr. 2 geschützt erachten. Die Zuwiderhdlg. gegen den § 60 cit. wird vielmehr meist unter Nr. 1 fallen (vgl. das. N. b); so auch: Oppenh. N. 2, v. Schwarze N. 1, Rotering N. 1.

Bestraft wird der Entgegenhandelnde („Wer"); darnach läßt nur nach dem Inhalte der Anordnung sich bestimmen, wer Subjekt der Uebertr. sein könne; es ist deshalb nicht unbedingt derjenige, der die zu einer Beerdigung erforderliche körperliche Thätigkeit angewendet hat; vgl. das cit. Berlin 6. März 79. Auch kann insbs. das „Entgegenhandeln" gegen die zu jenem Zwecke erlassene Anordnung schon stattfinden, bevor die Beerdigung selbst vorgenommen wird.

Zu Nr. 3.

a) Die Nr. 3 enthält eine Strafbestimmung zur Sicherung der leiblichen Wohlfahrt des Volkes; es handelt sich deshalb um ein reines Polizeidelikt; daher ist (Abschn. 29 N. 2_2), obschon die einzelnen bedrohten Hdlgen, das Zubereiten rc., an sich vorsätzliche sind, auch die fahrlässige Uebertr., die z. B. denkbar bei einem Irrthum über die chemischen Bestandtheile des Stoffes, für strafbar zu erachten; so: RG. I 4. Feb. 84 R. 9 298, II 3. Nov. 91 E. 22 197, München 11. Juli 74 St. 4 214, Rotering N. 3_{2-4}; aM. Oppenh. N. 24, insofern er die „Vorsätzlichkeit der Hdlg. an sich" für genügend erachtet, somit von einer Verschuldung überhaupt abstrahirt.

b) Die Strafvorschrift richtet sich gegen gewisse, mit „Gift oder Arzeneien" vorgenommene Hdlgen.

α) „Gift" auch hier, wie im § 229 (das. N. 3), i. S. des gem. Lebens zu verstehen, bezeichnet „einen Stoff, der in kleiner Dosis durch seine chemische Beschaffenheit die Gesundheit bzw. das Leben zu zerstören geeignet ist".

β) Unter „Arzeneien" sind nach der ergänzenden Bestimmung, welche der Begriff durch die auf Grund der GewerbeO. § 6_2 erlassene V. btr. den Verkehr mit Arzeneimitteln v. 27. Jan. 1890 erfahren hat, nicht nur gewisse in der medizinischen Wissenschaft anerkannte Heilmittel zu verstehen, sondern auch die in dem Verzeichnisse A. zu jener V. auf-

geführten „Zubereitungen, ohne Unterschied, ob sie heilkräftige Stoffe enthalten oder nicht"; so auch: Berner S. 696, Oppenh. N. 20, Rotering N. 3_1; vgl. im übrigen u. N. c 3.

c) Die fr. Hdlgen sind nur strafbar, soweit „der Handel mit Gift o. Arzeneinen nicht freigegeben ist", d. h. also der gewerbsmäßige Vertrieb, das gewerbsmäßige „Feilhalten u. Verkaufen" (vgl. § 1_1 der V. v. 27. Jan. 1890, während Meves § 367[5] N. 2 A. 2a darunter auch das „Zubereiten z. Zwecke des Verkaufs" versteht).

α) Der „Handel mit Giften" ist durch GewerbeO. § 1 prinzipiell freigegeben, dagegen sind einerseits durch § 56[9] das. „Gifte u. gifthaltige Waaren" (wie auch „Arzenei- u. Geheimmittel") vom „Ankauf o. Feilbieten im Umherziehen" ausgeschlossen, andererseits ist durch § 34_3 das. der Landesgesetzgebung überlassen, „zum Handel mit Giften eine besondere Genehmigung zu erfordern". Hiernach kann der Handel mit Giften nicht mehr bedingungslos untersagt werden; Kayser GewerbeO. 2. Aufl. § 34 N. 11, Rotering N. 3_6. Aeltere bezügliche landesgesetzliche Verbote sind daher beseitigt, auch insofern sie den Gifthandel auf gewisse Klassen von Gewerbetreibenden beschränken, für andere Personen also ausschließen; Berlin OAG. 21. Feb. 74 St. **4** 71. Wohl aber sind solche ältere Landesgesetze, welche, wie z. B. die PrGewerbeO. v. 22. Juni 1861 § 49, den Gifthandel von einer derartigen Genehmigung abhängig machen, in Kraft geblieben; so Kayser aO.

β) Bezüglich des „Handels mit Arzeneien" (darüber, ob nur mit solchen für Menschen s. u. 2) kommt, außer dem zu α cit. § 56[9] der GewerbeO., der § 6_2 derselben in Betracht, wonach die Bestimmung, welche „Apothekerwaaren" dem freien Verkehr zu überlassen sind, durch Kais. V. erfolgen soll. Dies ist indirekt geschehen ursprünglich durch V. v. 25. März 1872, dann durch V. v. 4. Jan. 1875 (nebst Ergänzungen), endlich durch V. v. 27. Jan. 1890 insofern, als dieselbe bestimmt, inwieweit „das Feilhalten und der Verkauf" von „Arzeneimitteln" nur „in Apotheken" erfolgen darf, also i. S. der Nr. 3 des § 367 „nicht freigegeben ist". Umgekehrt ergiebt sich aus dem Inhalte jener V. v. 27. Jan. 1890, daß freigegeben ist:

1. nach § 3 das. der „Großhandel" mit Arzeneimitteln unbedingt (ein solcher liegt aber dann nicht vor, wenn das im Großen Eingekaufte im Kleinen verkauft wird; Berlin KG. 5. Mai 84 Jahrb. **5** 39), ferner „der Verkauf der im Verzeichnisse B. aufgeführten Gegenstände an Apotheken o. an solche Staatsanstalten, welche Untersuchungs- o. Lehrzwecken dienen und nicht gleichzeitig Heilanstalten sind";

2. das Feilhalten u. der Verkauf (also jedenfalls auch der Handel) der im Verzeichnisse A. aufgeführten Zubereitungen, soweit dieselben nicht als „Heilmittel", sondern in anderer Beziehung in Frage kommen, also namentl. als Genußmittel (hier greift jedoch das NahrungsmittelG. Platz); **RG.** 3. Nov. 91 (oben a), München 3. Mai 78 St. **8** 331, Berner S. 696, Rotering N. 3_7. Ob als „Heilmittel" nur solche für Menschen oder auch solche für Thiere zu verstehen sind, ist nicht gesagt; nur insofern dies zweifelhaft ist, hat z. Z. wenigstens die Streitfrage, ob unter „Arzeneien" i. S. der Nr. 3 nur solche für Menschen zu verstehen seien, ein praktisches Interesse. Da die V. selbst nicht unterscheidet, so wird der Ausdruck auch von Heilmitteln für Thiere zu verstehen sein, um so mehr, als nur dann der Präventivzweck der Vorschrift hinreichend gewahrt erscheint; Dresden OLG. 27. Okt. 90 SächsA. **12** 128, Stettin, Celle, Kiel (OLG.) 13. Feb., 11. Juli, 11. Nov. 91, G. **39** 83, 356;

3. das Feilhalten und der Verkauf von Arzeneien (N. bβ), insoweit dieselben weder dargeboten werden in einer derjenigen Erscheinungsformen, welche das Verzeichniß A. bezeichnet (vgl.: **RG.** I 15. Dez. 81, 21/28. Nov. 87, E. **5** 416, **16** 359, München 7. Aug., 6. Sept. 75, Berlin 31. Mai 77, St. **6** 81, 82, **7** 213, Berlin KG. 6. Jan. 81 Jahrb. **2** 216; früher bestritten), noch zu den im Verzeichnisse B. aufgeführten Droguen u. chemischen Präparaten gehören. Sonach kann ein nach jener V. neu entdecktes chemisches Präparat von Jedem als Heilmittel in den Handel gebracht werden, wenn es nur nicht in einer der im Verzeichnisse A. bezeichneten Formen erscheint.

d) Subjekt der Uebertr. kann ausweislich des Wörtchens „Wer" ein Jeder sein, namentl.

auch ein Arzt, der zum Selbstdispensiren zwar befähigt, aber nicht befugt ist; München 18. Aug. 78 St. 8 329.

e) Die fr. Hdlgen sind strafbar, sofern sie vorgenommen werden „ohne polizeiliche Erlaubniß", d. h. sie sind regelmäßig verboten und wird die Rechtswidrigkeit nur durch die von der zuständigen Polizeibehörde ertheilte Erlaubniß aufgehoben; Rotering N. 3_1, auch Meves btr. Nr. 8 das. N. 9. Daß die poliz. Erl. eine „besondere" sein müsse, ist hier abweichend vom § 360^1 (das. N. e) nicht gesagt; sie kann deshalb auch generell ertheilt sein; vgl. u. fα.

f) Im Einzelnen ist betreffs der in Betracht kommenden Hdlgen hervorzuheben:

α) Auch die bloße „Zubereitung" von Gift ꝛc. (vgl. Nr. 4) ist strafbar, soweit nicht der „Handel" mit Giften ꝛc. freigegeben ist, obgleich die „Zubereitung" an sich nicht zum „Handel" gehört (o. N. c); demnach ist insbs. das „Zubereiten" (sog. Dispensiren) strafbar, soweit das „Feilhalten" u. der „Verkauf" des Zubereiteten nach der Kais. V. v. 27. Jan. 1890 nur in Apotheken stattfinden darf. Da diese aber nur das Feilhalten u. Verkaufen verbietet, so kann polizeilich das „Zubereiten" gestattet u. letzteres somit straflos werden. Aeltere bezügliche Landesgesetze sind in Geltung geblieben, so die PrKabO. v. 11. Juli 1843 (bzw. 13. Mai 1867) über die Befugniß der approbirten Medizinalpersonen zum Selbstdispensiren der nach homöopathischen Grundsätzen bereiteten Heilmittel; diese Befugniß ist nicht etwa in Folge der Aufhebung der Beschränkungen in der Ausübung des ärztlichen Gewerbes durch die GewerbeO. generalisirt u. ist deshalb in Pr. einem Nicht-Arzte das Dispensiren nicht erlaubt; Berlin 19. Apr. 72 O. 12 269.

β) Wegen „Feilhalten" und wegen des mit „Inverkehrbringen" gleichbedeutenden „an Andere Ueberlassen" vgl. § 324 N. 5 bzw. § 363_2 N. 12b. Auch hier wird zwischen entgeltlicher und unentgeltlicher Ueberlassung nicht unterschieden; Berlin 8. Okt. 75 St. 6 84, Berner S. 696, gelegentlich auch RG. I 13. Dez. 80 E. 3 119. Nur seiner praktischen Bedeutung wegen wird der „Verkauf" als eine Art des Ueberlassens an Andere besonders erwähnt. Mit Recht hat Berlin KG. 5. Mai 84 Jahrb. 5 39 das Vorliegen dieses Thatbestandes in irgend einer seiner Modalitäten für den Fall verneint, wenn ein Verein (eine Gesellschaft) Arzeneimittel anschafft und diese, im gemeinschaftlichen Eigenthum der Mitglieder stehend, unter dieselben vertheilt; insbs. liegt auch kein „Ueberlassen an Andere" vor, da die Mitglieder i. S. des Gesetzes keine „Anderen" sind.

Entgegen den Vorschriften der GewerbeO. bzw. der auf Grund derselben erlassenen V. v. 27. Feb. 1890 kann polizeilich der Handel mit Giften ꝛc. nicht erlaubt werden, also namentl. nicht der Hausirhandel mit solchen, aber auch nicht der Verkauf o. das Feilhalten mit den in den Verzeichnissen A. u. B. gedachten Heilmitteln.

g) Bezüglich des Verhältnisses zu anderen Strafbestimmungen ist hervorzuheben:

α) Da das „Feilhalten" ꝛc. aus Nr. 3 auch bestraft wird, sofern es nicht gewerbsmäßig geschieht (Berner S. 696) und sofern auch das bloße „Zubereiten" für strafbar erklärt ist, enthält Nr. 3 eine Erweiterung der Strafbestimmung der GewerbeO. § 147^1; Berlin OAG. 21. Feb. 74 St. 4 71. Bei stattfindender Idealkonk. (§ 73; das. N. 26_2) kommt die Strafsanktion der Nr. 3 als die schwerere zur Anwendung (Meves § 367^3 N. 2 A. 2a); denn es läßt Nr. 3 die Haftstrafe prinzipaliter zu, die GewerbeO. § 147^1 solche aber nur für den Unvermögensfall, mag auch hier eine Geldstrafe bis 300, dort nur bis 150 M. angedroht sein.

β) Idealkonk. (§ 73) ist ferner denkbar mit den Vergehen aus NahrungsmittelG. §§ 12^1, 14; RG. III 13. Juli 81 E. 4 393, Oppenh. N. 26a.

γ) Durch Nr. 3 sind überhaupt nicht berührt die gegen die Ankündigung (Anpreisung) sog. Geheimmittel erlassenen partikulären Strafvorschriften; denn das StGB. befaßt sich mit der Materie der medizinal-poliz. Vorschriften über das Apothekerwesen überhaupt nicht, sondern regelt nur in der — durch die Kais. V. v. 27. Jan. 1890 ergänzten — Nr. 3 einen vereinzelten Punkt (EG. § 2 N. 4b); so die GM., insbs.: RG. I 25. Mai 82 E. 6 329, Colmar 31. Juli 80 Franz Rechtspr. 1 12, Berlin KG. 24. Okt. 87, 19. Jan., 3. Dez. 88, Jahrb. 7 228, 8 197, 9 226, 13. Dez. 88 G. 37 374 (btr. Anpreisung eines Mittels gegen

Kahlköpfigkt.). Dagegen haben, als der Nr. 3 entgegenstehend, nicht mehr Geltung die partikulären Strafbestimmungen gegen den Verkauf von Geheimmitteln in einer der Form nach nicht freigegebenen Zubereitung; RG. I 21/28. Nov. 77 E. **16** 359 (speziell btr. der früher in der PrRheinprovinz geltenden Bestimmungen der Franz. Gesetzgbg.).

Zu Nr. 4.

a) Aus einem rein polizeilichen Gesichtspunkte wird die „Zubereitung" (vgl. Nr. 3 N. fα) von „explodirenden Stoffen" (§ 296 N. 7cβ) — dazu gehören nicht nur das ausdrücklich hervorgehobene „Schießpulver", sondern auch die koordinirt daneben gestellten „Feuerwerke" — für strafbar erklärt; nur das Vorliegen der „vorgeschriebenen", d. h. von der zuständigen, Behörde ertheilten, „Erlaubniß" (§ 360³ N. cα) macht die an sich strafbare Hdlg. zu einer straflosen (s. o. Nr. 3 N. e). Eine „besondere" Erlaubniß, wie im Falle des § 360¹, die noch der Entw. I vorschlug, wird nicht verlangt, sondern nur die „vorgeschriebene"; da nun die gewerbsmäßige Zubereitung nach Erlaß der GewerbeO. nur reichsgesetzlich beschränkt werden kann, was bis jetzt nicht geschehen ist (§ 16 ders. schreibt nur „zur Errichtung von Schießpulverfabriken, Anlagen zur Feuerwerkerei u. zur Bereitung von Zündstoffen aller Art" das Erforderniß einer „besonderen Genehmigung" vor), so findet Nr. 4 h. z. T. nur Anwendung bei nicht gewerbsm. Zubereitung explodirender Stoffe; die Strafbestimmung der GewerbeO. § 147² dagegen ist unberührt geblieben, da dieselbe einen ganz anderen Thatbestand voraussetzt; so: Rüd.-St. N. 12, Rotering N. 4₁, v. Kirchmann N. 4; aM. einerseits Oppenh. N. 29, der theilweisen Ersatz der GewerbeO. § 147² durch Nr. 4 annimmt, andererseits F. Meyer N. 4, insofern er die Nr. 4 neben GewerbeO. § 147² zur Anwendung bringen will, wenn die qu. Stoffe wirklich zubereitet seien.

b) Zu den „explodirenden Stoffen" gehören an sich auch die, in Nr. 5 besonders hervorgehobenen „Sprengstoffe"; auf deren „Herstellung", d. h. Zubereitung, soweit sie nicht zu den „vorzugsweise zum Schießen gebrauchten" u. als solche in den Bekanntmachungen des Bundesrathes v. 13. März 1885 und v. 16. Apr. 1891 bezeichneten gehören, finden die Spezialvorschriften des SprengstoffG., insbs. § 9₁, Anwendung.

c) Bei der rein polizeil. Natur des Deliktes ist auch die nur fahrlässige Zuwiderhdlg. strafbar (Abschn. 29 N. 2₂), die denkbar ist, insofern das Vorliegen der „vorgeschriebenen Erlaubniß" irrthümlich angenommen wird.

Zu Nr. 5.

a) Die Nr. 5 enthält ein Blankettstrafgesetz (§ 145 N. 1; Binding Normen I 163 N. 10), indem mit Strafe bedroht wird die „Nichtbefolgung" (§ 145 N. 3) gewisser „Verordnungen", d. h. allgemeiner Vorschriften, sei es in der Form von Gesetzen oder von Polizeiverordnungen (Meves N. 6); daß dieselben nur „Gebote" enthalten dürften (Alboffer Unterlassungsdel. S. 132), nicht auch „Verbote" ist nicht gesagt u. deshalb unrichtig; Meves N. 6, Rotering N. 5. Jedenfalls handelt es sich um Verordnungen sicherheitspolizeil. Inhalts, so daß auch — wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich erhellt — deren fahrlässige Uebertr. strafbar ist (Abschn. 29 N. 2₂); Rotering N. 5; eine Verschuldung ist aber auch hier zur Bestrafung erforderlich, weshalb die Ansicht von Meves N. 7, es genüge die Thatsache der Nichtbefolgung, mindestens im Ausdrucke, verfehlt ist.

b) Im Einzelnen müssen die „Verordnungen" betreffen:

α. die „Aufbewahrung o. Beförderung" von „Schießpulver u. Feuerwerken" (Nr. 4 N. a), aber auch von „Giftwaaren"; der allgemeine Begriff von „Gift" (Nr. 3 N. bα) findet an sich auch hier Anwendung, doch nur soweit die maßgebenden Verordnungen bzw. die von denselben ausdrücklich oder stillschweigend vorausgesetzten Landesgesetze nicht den Begriff anders bestimmen; abweichend Meves N. 2 u. Oppenh. N. 33, insofern sie den allg. Begriff überhaupt nicht für anwendbar erachten. Soweit es um die „Beförderung" derartiger Gegenstände sich handelt, ist auch die Zuwiderhdlg. gegen die im § 50 des EisenbahnbetriebsRegl. v. 11. Mai 1874 rücksichtlich der Frachtbriefe gegebenen Vorschriften unter Strafe gestellt, derartig daß der Versender auch strafrechtlich für unrichtige Angaben im Frachtbriefe haftet; Berlin 11. Jan. 72 O. **13** 25 (btr. der Lit. B § 5 des früheren Regl. v. 10. Juni 70);

β. dieselben Hdlgen sowie „Verausgabung o. Verwendung" von „explodirenden Stoffen" (Nr. 4 N. a), insbs. „Sprengstoffen"; hier greifen jedoch jetzt die speziellen Vorschriften des SprengstoffG. Platz (Nr. 4 N. b); RG. IV 29. Nov. 87 R. 9 681, Berner S. 697, Scheiff DynamitG. (Berlin 1886) S. 27 f.;

γ. die — hier im Gegensatz zu den Nr. 3 u. 4 an sich befugte — „Ausübung der Zubereitung o. Feilhaltung" (Nr. 3 N. f.) dieser Gegenstände sowie der „Arzeneien" (Nr. 3 N. b β).

Zu Nr. 5a.

a) Diese Nr. ist eingeschaltet auf Grund des G. v. 13. Mai 1891 (s. o. S. 6). Diese Strafbestimmung sichert die Durchführung des § 10 Nr. I der PostO. v. 8. März 1879 (bzw. der entsprechenden Bestimmungen der Bayer. u. Württemb. PostOO.); die Strafvorschriften der Nr. 5 u. 6 dieses §. reichten dazu nicht aus, weil häufig „leicht entzündliche o. ätzende" Gegenstände nicht gleichzeitig in die Gruppe der Sprengstoffe bzw. der explodirenden Stoffe gehören.

Zu Nr. 6.

a) Die Nr. 6 enthält einen Mischthatbestand; in beiden Fällen handelt es sich um die „Aufbewahrung" feuergefährlicher Gegenstände, d. h. um die Lagerung solcher Gegenstände bis zu der Zeit, wo sie ihre bestimmungsmäßige Verwendung finden sollen, im Gegensatze zur zeitweiligen Niederlegung bereits in der Verwendung begriffener Gegenstände, z. B. behufs schnelleren Trocknens; RG. IV 29. März 92 E. 22 435. Im ersteren Falle muß die Aufbewahrung so geschehen, daß „ihre Entzündung gefährlich werden kann" (vgl. § 366[8] N. a, während Rotering N. 6_1 zu Unrecht auch hier eine konkrete Gefährdung annimmt), im zweiten so, daß die konkrete Gefahr der gegenseitigen Entzündung gegeben ist (Rotering N. 6_1). Allein auch in diesem Falle ist nicht die Gefährdung fremden Eigenthums zum Thatbestandsmerkmal gemacht und da das Gesetz ganz stringent spricht, so erscheint es unzulässig, dieses Merkmal zu ergänzen; aM. Rotering N. 6_3, da die Gefährdung von Rechtsgütern gestattet sei, wo die Verletzung derselben nicht strafbar. Allein so richtig dieser Satz ist, so wird man aus dem Gesetze doch nur folgern dürfen, daß es auch im Falle des zweiten Mischthatbestandes nicht um ein Gefährdungsdelikt, sondern, wie im ersten, um ein reines Polizeidelikt sich handele. Allgemeiner Regel gemäß (Abschn. 29 N. 2_2) ist deshalb auch fahrlässige Zuwiderhdlg. strafbar.

b) Der erste Mischthatbestand speziell erfordert ein Aufbewahren (a) von „Vorräthen", d. h. hier, abweichend vom § 308 (das. N. 3f), jedes Quantum, welches eine Selbstentzündung möglich macht (Oppenh. N. 39, v. Schwarze N. 6, auch Sontag G. 19 292), solcher Gegenstände, insbs. „Waaren" u. „Materialien", welche entweder „sich leicht von selbst entzünden" o. „leicht Feuer fangen". Da die Aufbewahrung der Gegenstände nur strafbar wird, wenn sie an „Orten o. in Behältnissen" geschieht, wo ihre Entzündung „gefährlich werden kann", d. h. möglicherweise (a) die Sicherheit von Personen u. Sachen in fühlbarer Weise beeinträchtigt (§ 52 N. 7; Rotering N. 6_1), so sind der Natur der Sache nach bei „leicht selbst entzündlichen" Gegenständen solche Aufbewahrungsorte 2c., welche dem Umsichgreifen eines Brandes förderlich sind, stets als unter Nr. 6 fallend anzusehen, weil die Entzündung solcher Stoffe dort gefährlich werden kann. Bei den „leicht feuerfangenden" Gegenständen muß dagegen das weitere thatsächliche Moment hinzutreten, daß an dem Aufbewahrungsorte von Feuer o. Licht ein derartiger Gebrauch gemacht wird oder ein solcher Verkehr mit etwaigen Zündstoffen stattfindet, daß wenigstens die Möglichkeit des Feuerfangens solcher Stoffe gegeben ist; München 7. Apr. 73 St. 2 301. In concreto verneinte München 6. Juni 73 aO. S. 333, daß das Auflagern von Stroh, also einem leicht feuerfangenden Stoffe, im Freien „an einem in der Nähe einer Straße stehenden Stadel" den Thatbestand erfülle, weil die aus dem gewöhnlichen Straßenverkehr sich ergebende Möglichkeit einer Gefahr allein die Straße noch nicht zu einem „feuergefährlichen Orte" mache (bedenklich!).

Zu Nr. 7.

a) Wegen „Feilhaltens o. Verkaufens" vgl. § 324 N. 5; ein „versuchter Verkauf" kann den Thatbestand nur dann erfüllen, wenn er der Ausfluß eines Feilhaltens ist.

b) Der Ausdruck „Getränke oder Eßwaaren" ist enger als der im § 370[5] (das. N. c) sowie im NahrungsmittelG. §§ 10 ff. gebrauchte „Nahrungs- o. Genußmittel", der im letzteren Gesetze ausdrücklich als der weitere gewählt wurde; unter jenen sind namentl. Cigarren u. Tabacke nicht zu verstehen.

c) Die „Getränke o. Eßwaaren" müssen „verfälscht" o. „verdorben" sein und zwar zur Zeit des Feilhaltens o. Verkaufes, so daß einerseits ein etwa später eintretendes Verderben nicht in Betracht kommt, mag es auch durch Momente bedingt sein, die schon beim Verkaufe 2c. vorlagen (so RG. III 28. Sept. 85 E. 12 407, btr. NahrungsmittelG. § 10[2] bezüglich eingesalzenen, nicht gehörig ausgebluteten, Fleisches, welches in Folge des zu großen Blutgehaltes leichter als normales in Fäulniß übergehen kann), andererseits eine Beseitigung des verdorbenen Zustandes vor dem Genusse nicht ins Gewicht fällt (RG. II 9. Mai 82 E. 6 268). Ob ein Getränk 2c. „verfälscht o. verdorben" sei, unterliegt wesentlich thatsächlicher Beurtheilung (vgl. RG. II 26. Mai 82 R. 4 519, Berlin 5. Juli 76, 21. Feb. 78, St. 6 383, 8 331), immerhin kommen aber auch rechtliche Gesichtspunkte in Betracht (N. d u. e).

d) „Verfälscht" ist, dem allg. Begriffe entsprechend (§ 267 N. 25), ein Getränk 2c. alsdann, wenn dasselbe — durch einen an ihm selbst vorgenommenen Akt (RG. III 14. Juli, II 2. Dez. 81, E. 4 434, 5 178 btr. NahrungsmittelG). — unter Wahrung des Scheines seiner bisherigen Beschaffenheit verschlechtert oder mit dem Scheine einer besseren Beschaffenheit versehen wird; RG. II 2. Dez. 81, 26. Mai 82, E. 5 178, R. 4 519. Sowohl das eine wie das andere wird häufig durch Zusatz eines Stoffes geschehen (der übrigens nicht anderer Art zu sein braucht; RG. I 1. Okt. 85 E. 12 400, btr. Verfälschung von Bier durch Zusatz von Neigenbier), es kann aber auch erfolgen durch Entziehen von Stoffen oder durch beide Operationen zusammen (vgl. cit. RG. 14. Juli 81); in dem zweiten Falle braucht aber die zur Verfälschung begrifflich erforderliche Veränderung nicht einmal nothwendig die stoffliche Zusammensetzung der Sache zu betreffen, wenigstens letztere nur an ihrer Oberfläche zu berühren, so wenn nicht mehr frischem Fleische durch künstliche Mittel das Aussehen des frisch geschlachteten oder Fischen durch Bestreichen der Kiemen mit einer rothen Farbe ein besseres äußeres Ansehen gegeben wird; cit. RG. II 2. Dez. 81. In der Praxis ist Verfälschung z. B. bejaht von München 26. Jan., 10. Feb. 77, St. 7 216 f. bei Versetzung von Wein mit einer größeren Quantität Wasser o. Sprit bzw. bei Vermischung von Schmalz mit Schweinefett, dagegen verneint von München 14. Jan. 76 St. 6 85 bei Zusatz von Kuhmilch zu Ziegenmolken, während das cit. RG. 26. Mai 82 durch den vielleicht unrichtigen thatsächlichen Grund des Vorderrichters, daß nicht festgestellt sei, „die Qualität des Himbeerliqueurs werde von dem Gehalte an Fruchtsaft bestimmt", die Nichtanwendbarkeit der Nr. 7 für gegeben erachtete. Vgl. im übrigen das Register z. d. Entsch. des RG s. v. „Nahrungsmittelverkehr", insbs. „Nachmachen u. Verfälschen".

e) Für den Begriff des „Verdorbenseins" ist es von Bedeutung, daß unter den „verdorbenen" Eßwaaren „trichinenhaltiges Fleisch" besonders erwähnt wird; hiernach bezeichnet das Gesetz als „verdorben" nicht blos diejenigen Gegenstände, welche ursprünglich normal hergestellt waren, demnächst aber durch natürliche Vorgänge die ursprüngliche Güte verloren haben, sondern auch diejenigen, welche bereits in ihrem Entwickelungsstadium und vor ihrer fertigen Herstellung nachtheilige Veränderungen erlitten haben, die auf den fertigen Gegenstand sich übertragen und dessen beeinträchtigte o. aufgehobene Gebrauchsfähigkeit bestimmen; vgl. RG. II 3. Jan. 82 E. 5 287. Es fragt sich aber, ob in der That eine „Veränderung" des ursprünglich vorhanden gewesenen o. des normalen Zustandes des Nahrungsmittels zum schlechten stattgefunden haben müsse, wie auch RG. III 5. Okt. 81 E. 5 290 (hervorgerufen durch natürliche Vorgänge, wie z. B. bei finnenhaltigem Fleisch) u. IV 27. Mai 87 R. 9 355 (hervorgerufen durch eine vorsätzl. menschl. Hdlg., wie Lufteinblasen in Fleisch) annehmen. Richtiger erscheint es vielmehr ein Verdorbensein auch da anzunehmen, wo der natürliche Entwickelungsprozeß zum normalen Produkt gehemmt ist; so auch das cit. RG. 3. Jan. 82 (btr. NahrungsmittelG.) bezüglich der ungeborenen Kälber. Keinesfalls erfordert hiernach der Begriff des Verdorbenseins eine völlige Ungenießbarkeit; denn derselbe wird

nicht lediglich auf den denkbar höchsten Grad der Abweichung vom Normalen angewendet, sondern auch da, wo die Möglichkeit eines Genusses bestehen bleibt, wie z. B. bei trichinenhaltigem o. durch Hineinblasen aufgetriebenem Fleisch; citt. **RG.** 5. Okt. 81, 27. Mai 87. Ebensowenig wird für den Begriff eine der Gesundheit „gefährliche" o. gar eine die Gesundheit „zerstörende" Beschaffenheit erfordert (NahrungsmittelG. §§ 12, 13); cit. **RG.** 27. Mai 87, Berlin 5. Juli 76 St. **6** 383, Hälschner **2** 664, Rüd.-St. N. 18. Es genügt vielmehr, daß das Nahrungsmittel in Folge der mit ihm vorgegangenen Veränderung bzw. der Beeinträchtigung seiner Entwickelung zum Genusse ungeeignet wird, was namentl. der Fall ist, wenn es nicht blos bei einer einzelnen Person nach deren individuellen Geschmack, sondern nach der gem. Anschauung der Bevölkerungsklasse, welcher der Kauflustige angehört, Ekel erregt; so insbs. die citt. **RG.** 5. Okt. 81, 27. Mai 87. Allein entscheidend (wie das cit. Berlin 5. Juli 76 annimmt) ist freilich nicht, ob die Waaren nach allg. Ansicht zum Genusse von Menschen ungeeignet sind, vielmehr muß immer der oben charakterisirte objektive Umstand gleichfalls vorliegen, so z. B. wenn nicht hinreichend ausgeblutetes Fleisch nachgewiesener Maßen den Ekel des Publikums erregt; so **RG.** III 28. Sept. 85 E. **12** 407. Vgl. übrigens das Register zu den Entsch. des **RG.** s. v. „Nahrungsmittelverkehr", insbs. „Verdorbene Nahrungsmittel".

f) Das „Feilhalten ꝛc." der näher bezeichneten Waaren fällt unbedingt unter Nr. 7, auch wenn sie nicht „als solche" bzw. als „Genuß- o. Nahrungsmittel" feilgehalten werden; deshalb z. B. auch der Verkauf „trichinenhaltigen Fleisches" zwecks Mikroskopirens; anders dagegen, wenn die Waaren so präparirt sind, daß von einer Benutzung als „Getränk" o. „Eßwaare" nicht mehr die Rede sein kann.

Auch das ist für den Thatbestand des Gesetzes gleichgültig, ob der Käufer von der Verfälschung ꝛc. der Waaren Kenntniß hatte o. nicht; es folgt dies daraus unbedingt, daß schon das bloße Feilhalten mit Strafe bedroht ist, also die strafb. Hdlg. bereits zu einer Zeit vollendet ist, wo noch garnicht feststeht, ob überhaupt ein Verkauf statthaben wird; München 6. Jan. 74, Berlin 5. Juli 76, 21. Feb. 78, St. **4** 72, **6** 383, **8** 331. Daß „mit Verschweigung der Eigenschaft", d. h. mit Täuschungsabsicht, feilgehalten ꝛc. worden sei, ist nicht, wie im § 324 bzw. im NahrungsmittelG. § 10², erforderlich; Hälschner **2** 664.

g) Aus alle dem ergiebt sich der rein polizeiliche Charakter der Strafvorschrift. Folgeweise (Abschn. 29 N. 2₃) genügt in subjektiver Hinsicht auch bloße Fahrlässigkeit; so die GM., insbs.: **RG.** IV 20. Mai 90 G. **38** 191 (vgl. auch die u. N. h β citt. Entsch.), München 3. Nov. 73, Berlin 15. Dez. 75, Dresden 20. Nov. 76, St. **3** 237, **5** 377, **7** 215. Dagegen ist die Nr. 7 unanwendbar, wenn überhaupt keine Schuld vorliegt; so: **RG.** I 27. März 82 E. **6** 121, IV 20. Mai 90 (s. o.), Berlin OTr. 15. Jan. 74 St. **4** 74, KG. 22. Dez. 84 Jahrb. **5** 404 (es finde § 59 Anwendung), Berner S. 698, Rubo N. 12; aM. Blum N. 4, nach dem die bloße Thatsache bestraft werden soll.

h) Betreffs des Verhältnisses zu anderen strafb. Hdlgen ist hervorzuheben:

α) Betrug (§ 263) kann mit der Uebertr. aus Nr. 7 in Idealkonk. (§ 73) treten, da letztere ein bloßes Polizeidelikt ist; dagegen scheint München 27. Juli 77 St. 8 217 gegebenen Falls § 263 ausschließlich anzuwenden.

β) Durch das NahrungsmittelG. § 10² bzw. § 11 ist Nr. 7 nicht aufgehoben, vielmehr werden durch dasselbe nur diejenigen Fälle betroffen, wo das Feilhalten „unter Verschweigen des Umstandes des Verdorbenseins ꝛc. o. unter einer zur Täuschung geeigneten Bezeichnung" erfolgt; ohne diese Voraussetzung bleibt Nr. 7 anwendbar u. zwar sowohl bezüglich der vorsätzlichen als auch der fahrlässigen Delikte; so: **RG.** II 9. Mai 82, III 11. Feb. 82, 18. Juni 85, E. **6** 268, 34, **12** 301, Berner S. 698, v. Liszt S. 532 N. 3.

γ) Landesgesetzliche Vorschriften, welche das Verbot der Nr. 7 lediglich bezüglich bestimmter Eßwaaren unter Androhung einer anderen Strafe wiederholen, z. B. den Verkauf finnigen Schweinefleisches bei einer Geldstr. bis zu 30 M. bedrohen, sind ungültig; Kayser HH. **4** 44, es könnten nur solche PolV. bestehen, welche eine Untersuchung der Waaren in bestimmter Weise, z. B. des Schweinefleisches durch mikroskopische Untersuchung, verlangten.

Zu Nr. 8.

a) Alle in der Nr. 8 mit Strafe bedrohten Hdlgen sind regelmäßig verboten; doch wird die Rechtswidrigkeit durch Ertheilung einer „polizeilichen Erlaubniß" beseitigt; vgl. Nr. 3 N. e. Die Form, in der dieselbe ertheilt wird, ist gleichgültig; die Erlaubniß kann aber nicht etwa bereits in der Ertheilung des nach jagdpolizeil. Vorschriften erforderlichen Jagdscheines gefunden werden. Doch genügt die Bejahung einer nur gelegentlichen Anfrage seitens des zuständigen Organs; darnach, ob die Erlaubniß zu Recht, insbs. nach der vorausgesetzten causae cognitio, ertheilt sei, hat der Strafrichter hier so wenig wie sonst zu fragen; aM. Meves N. 9, auch wohl Rotering N. 8_1.

b) Verboten sind die fraglichen Hdlgen nicht nur mit Rücksicht auf die Gefährlichkeit, sondern auch auf die Belästigung des Publikums; so mit Recht die Motive zur StGN., durch welche die Bestimmungen der Nr. 8 auf das „Abbrennen von Feuerwerkskörpern" (Plural statt Singular; vgl. § 110 N. 14) ausgedehnt wurden, weil diese Hdlgen mit dem Schießen auf gleicher Linie ständen. Daraus ergiebt sich, daß es nicht darauf ankommt, ob mit dem „Feuergewehr", d. h. jeder Feuerwaffe (§ 368^7), scharf o. blind geschossen wird; so: Hamm AG. 30. Jan. 72 Jahrb. f. Entsch. PrAppellationsG. **2** 198, München 19. Juni 76 St. 7 217, v. Kirchmann N. 8, Meves N. 12, Puchelt N. 8, Rüd.-St. N. 23, v. Schwarze N. 8; aM. aber wesentlich im Gegensatze zu dem den Schutz von Sachen gg. Feuergefährdung btr. § 368^7: Oppenh. N. 51, Rotering N. 8_2, Dalcke Jagdr. S. 201, Wagner Jagdgstzgbg. S. 150 (letzterer hält jedoch das Abschießen einer mit einem Papierpfropfen geladenen Schußwaffe gleichfalls für strafbar). Anders liegt es freilich, wie Puchelt aO. mit Recht annimmt, bezüglich der „Selbstgeschosse" (vgl. auch § 53 N. 12c), weil das Gesetz dabei zweifellos nur die Verhütung von körperlichen Verletzungen im Auge hat.

c) Die btr. Hdlgen sind verboten, insofern sie vorgenommen werden an „Orten", die entweder „bewohnt sind" (mit „Orten" werden sonach nicht Räumlichkeiten bezeichnet, welche zur Wohnung von Menschen dienen, sondern „Ortschaften" — vgl. § 39 N. 1 —; Meves N. 10) oder „von Menschen besucht werden"; denn in diesem Sinne wird der letztere Ausdruck zu verstehen sein, so daß er mit dem im § 366^9 gebrauchten („Orte, wo Menschen zu verkehren pflegen"; vgl. Allg. Bem. zu Nr. 2 ff. des § 366) gleichbedeutend ist (München OLG. 11. Nov. 90 BayerE. NF. **6** 262, Meves N. 11, v. Schwarze N. 8, Rotering N. 8_1, Wagner Jagdgesetzgb. S. 150), so daß also das Schießen ohne poliz. Erlaubniß nicht nur dann verboten ist, wenn der Ort thatsächlich von Menschen „besucht ist". Dabei ist übrigens nach der Absicht der Nr. 8 die räumliche Ausdehnung des „Ortes" so weit zu fassen, als die gefährliche bzw. belästigende Wirkung der Regel nach reicht; **RG.** III 11. Okt. 83 E. **9** 124, Rotering N. 8_2. Das gilt namentl. auch für das Legen von Selbstgeschossen, das nicht nur an Stellen verboten ist, die von den Füßen der Menschen betreten werden; denn hier kommt auch die Möglichkeit der Entladung durch elementare Ursachen bzw. durch Thiere in Betracht; so das cit. **RG.** 11. Okt. 83 (das die Anwendung der Nr. 8 bejahte bei Legung eines Selbstgeschosses in einer Entfernung von 11 m vom Fußwege auf einen innerhalb einer dem Publikum zugänglichen, von ihm als Spaziergang benutzten Plantage befindlichen Rasenplatze, dessen Betreten zwar nicht gestattet war, aber häufig verbotswidrig geschah, da bei nicht erfolgter Trennung der Rasenplätze und Wege durch Barrieren, Warnungstafeln ꝛc. dieselben gemeinsam dem fraglichen Orte zugezählt werden müßten).

d) Die Hdlgen sind schlechthin bestraft, auch ohne Rücksicht auf eine konkrete Gefährdung; es handelt sich deshalb um ein reines Polizeidelikt; Binding **1** 170, Rotering N. 8_2. Deshalb ist der Regel entsprechend (Abschn. 29 N. 2_2) auch eine blos fahrlässige Zuwiderhdlg. strafbar (Rotering N. 8_1), immerhin ist aber eine Verschuldung erforderlich; so richtig Geyer **1** 188, während **RG.** I 2. Juni 81 E. **4** 243 annimmt, es handele sich um ein rein formales Delikt, bei welchem die unter Strafe gestellte That lediglich in einem äußeren Handeln bestehe; so auch Meves N. 14. Doch ist zweifellos eine zum Waffengebrauch berechtigte Person straflos, wenn sie in Ausübung ihres Rechtes auch ohne poliz. Erlaubniß an einem bewohnten Orte schießt.

e) Handelt es sich um ein bloßes Polizeidelikt, so kann Idealkonk. (§ 73) mit vorsätzl. o. fahrl. Körperverltzg. eintreten; RG. I 2. Juni 81, III 11. Okt. 83, E. **4** 243, **9** 124; dagegen scheint v. Schwarze N. 8 nur die Möglichkeit einer Idealkonk. mit fahrl. Körperverltzg. anzunehmen.

f) Eine PolV., welche das Legen von Selbstgeschossen 2c. unbedingt verbieten wollte, würde, als dem Gesetze widersprechend, ungültig sein; Rotering N. 8_3 u. G. **30** 423, Sommerlad GS. **39** 386.

Zu Nr. 9.

a) Die Nr. 9 ist ein Blankettstrafgesetz (§ 145 N. 1; RG. I 14. Nov. 89 E. **20** 43, Binding Normen **I** 163 N. 10); denn es handelt sich um eine „Zuwiderhdlg." (§ 360[12] N. a) gegen ein „gesetzliches Verbot", d. h. eine generelle Anordnung mit Gesetzeskraft (Oppenh. N. 54, Rüd.-St. N. 24, Rotering N. 9_2), gleichgültig, ob in der Form eines Gesetzes i. e. S. oder in der Form einer PolV., soweit solcher nach der Landesgestzgbg. die Wirkung eines Gesetzes beigelegt ist (vgl. § 2 N. 6); Berlin 28. Feb. 79 O. **20** 110, Berner S. 699. Gleichgültig ist, ob ein solches Verbot schon bei Erlaß des StGB. in Geltung war oder erst später erlassen ist; so das cit. Berlin, das im übrigen zutreffend für Preußen das im PrStGB. § 345[7] enthaltene Verbot für in fortdauernder Geltung stehend erachtete (vgl. EG. § 2 N. 7); so ferner: Berlin KG. 24. März 87 G. **35** 158, Binding **1** 323 u. Normen **1** 87, Rotering N. 9_2.

b) Das Verbot muß sich richten gegen das „Feilhalten" (§ 324 N. 5) oder „mitsichführen" (§ 243 N. 46) von „Stoß- 2c. -Waffen" — d. h., wie nach der speziellen Bezeichnung nicht zweifellos sein kann, von Waffen im techn. S. (vgl. § 127 N. 2a; so Rubo N. 17 u. gelegentlich auch RG. I 22. Nov. 88 R. **10** 683) —, welche „in Stöcken o. Röhren o. in ähnlicher Weise" verborgen sind; nicht gegen das Verbergen an sich also muß das Verbot sich richten, sondern vielmehr dagegen, daß die Waffe in Folge einer besonderen Vorrichtung, in welcher sie getragen wird, als etwas Unverfängliches sich darstelle; demgemäß gehört hierher weder das Tragen von Waffen in der Tasche, noch in einem dieselbe nicht verleugnenden Futterale; Berner S. 699, Oppenh. N. 56, v. Schwarze N. 9, Rotering N. 9_1. Wenn dagegen Oppenh. N. 57 u. v. Schwarze aO. annehmen, die Vorschrift entfalle, wenn das Mitsichführen offenkundig, in einer den Schein der Gefährdung ausschließenden Weise erfolge, so ist das nicht unbedingt richtig, hängt vielmehr von dem Inhalte des Verbotes ab.

c) Daß das Verbot rein polizeil. Natur sei, kann nicht zweifelhaft sein (vgl. Binding Normen **1** 403 N. 22, der den Gesichtspunkt einer „möglichen Vorbereitung" hervorhebt), weshalb auch eine blos fahrlässige Zuwiderhdlg. strafbar ist (Abschn. 29 N. 2_2); dieselbe erscheint trotz der Vorsätzlichkeit der Hdlg. an sich denkbar, so z. B. wenn der Betreffende nicht an die Beschaffenheit des Stockes denkt.

d) Die Landesgesetzgebung hat, namentl. auch in Preußen, die Befugniß, das Waffentragen in weiterem Umfange zu beschränken, da eine Materie i. S. des EG. § 2 nicht geregelt ist; RG. I 14. Nov. 89 E. **20** 43 (btr. des Verbotes des Tragens von Schlagringen mit der weiteren Ausführung, daß ein allg. Rechtssatz, wonach in Preußen Jeder ein Recht habe, Waffen zu tragen, nicht bestehe), Berlin KG. 7. Feb. 89 Jahrb. **9** 291 (btr. des Verbotes des Tragens von Schußwaffen ohne Waffenschein in Pr.), Dresden OLG. 23. Mai 87 SächsA. **9** 112 (btr. fortdauernder Geltung des Mandats v. 14. Juli 1659 im Königr. Sachsen), Berner S. 699.

Zu Nr. 10.

a) Wegen der Entstehungsgeschichte vgl. § 227 N. 1. Die Nr. 10 charakterisirt sich als eine Erweiterung des § 227, indem die dort bezeichneten schweren Folgen nicht eingetreten zu sein brauchen; RG. I 17. Okt. 81, IV 6. Okt. 85, E. **5** 170, **13** 3. Da es aber nur um eine Erweiterung sich handelt, so besteht auch das Wesen der Uebertr. in der Betheiligung an einer Schlägerei bzw. an einem Angriffe; das bedingt eine physische o. intellektuelle Mitwirkung dazu, daß geschlagen bzw. angegriffen worden sei; so cit. RG. 17. Okt. 81. Insoweit handelt es sich zweifellos um ein Verletzungsdelikt, während die

Strafvorschrift als solche gegen die in dem Waffengebrauche liegende Gefährdung sich richtet; so Binding Normen 1 392 N. 40; aM. Rotering N. 10, der anscheinend ein bloßes Polizeidelikt als vorliegend ansieht.

b) Wegen Schlägerei vgl. § 227 N. 3; daß auch im Falle der Nr. 10 eine Betheiligung von mehr als zwei Personen stattfinden müsse, nehmen insbs. an: München 3. Juni 73 St. 2 364, Meves N. 16; aM.: Berlin 22. Feb. 77 St. 7 218, Geyer HH. 4 374, Rüd.-St. N. 27, v. Schwarze N. 10.

Dagegen findet Nr. 10 auf jeden „Angriff" Anwendung, nicht blos auf einen „von Mehreren" gemachten (§ 227 N. 4); so: RG. IV 6. Okt. 85 E. 13 3, III 19. Jan. 88 R. 10 46, ROHG. 29. Nov. 72 Entsch. 8 121, Wolfenbüttel 19. Sept. 73 St. 3 244, Berner S. 699, Geyer, Rüd.-St., v. Schwarze aO., Rotering N. 10, jetzt offenbar auch H. Meyer S. 532 N. 5, 568; aM.: cit. München, Meves N. 17, Oppenh. N. 60. Der Unterschied gegenüber dem § 223a besteht darin, daß es bei dem „Angriffe" zu einer Körperverletzg. des Angegriffenen nicht gekommen zu sein braucht, nur, wenn letzteres der Fall, findet § 223a Anwendung. Der Begriff des „Angriffes" setzt aber den Eintritt einer Körperverletzg. keineswegs voraus. Allerdings erfordert auch er in Nr. 10, so gut wie im § 227, begrifflich „Thätlichkeiten" gegen die Person eines Anderen (deshalb richtig RG. II 21. Sept. 88 R. 10 505, welches in der Abgabe eines Schusses in die Luft mit der Absicht, dadurch Niemand zu verletzen, keinen Angriff fand), allein ein „thätlicher Angriff" bezeichnet nur die Richtung des Angriffes dahin, daß derselbe eine körperliche Einwirkung auf den Angegriffenen bezwecken muß (§ 113 N. 25). Lag übrigens ein „Angriff" thatsächlich vor, so „bedient sich" Jemand der Waffe auch dann, wenn er mit derselben nur droht o. schreckt (so: Berner S. 699, Oppenh. N. 63, v. Schwarze N. 10, jetzt auch Meves G. 38 333 N. 3, früher abweichend; vgl. StGR. § 367[10] N. 21), wie dieses Thatbestandsmerkmal bei einer Schlägerei auch schon dann zu bejahen ist, wenn Jemand mit einem geöffneten Messer um sich schlägt, ohne speziell gegen eine Person eine Thätlichkeit zu verüben; Berlin 10. Nov. 77 St. 7 218. Ob der Angegriffene ebenfalls einer Waffe sich bediente, ist gleichgültig; RG. IV 27. Juni 90 G. 38 331.

c) Zu vergleichen ist
wegen des „nicht ohne sein Verschulden hineingezogen werden": § 227 N. 7;
wegen „Waffe, insbs. Messer o. anderes gefährl. Werkzeug": §§ 223a N. 3ff., 117 N. 12, 123 N. 25.

d) Mit einfacher Körperverletzg. (§ 223) kann Idealkonk. (§ 73) eintreten; die Strafe ist bei Fehlen des erforderlichen Strafantrages aus Nr. 10 zu verhängen (vgl. § 73 N. 24a u. insbs.: Berlin 6. Juni 72, München 18. Okt. 73, St. 2 61, 3 247). Das Vorliegen des Thatbestands des § 223a (s. o. b) schließt dagegen die Anwendung der Nr. 10 aus; Rüd.St. N. 28.

Zu Nr. 11.

a) Unterschieden werden zwei Arten von Thieren, solche, die von Natur „wild" sind, und an sich zahme o. gezähmte, aber „bösartige" Thiere, wie namentl. bissige Hunde, schlägige Pferde, stößige Ochsen; so: München 6. Sept. 72 St. 2 134, Berner S. 700, v. Kirchmann N. 11, Oppenh. N. 66, v. Schwarze N. 11; aM. Rüd.-St. N. 30, es bezeichne „bösartig" nicht blos das genus, sondern auch die species.

b) Die Strafbestimmung hat ihrem ganzen Inhalt nach den Zweck, „Beschädigungen" durch „gefährliche" Thiere (denn solche sind durchweg gemeint) zu „verhüten"; es handelt sich also um eine Vorschrift rein polizeilicher Natur, so daß auch die blos fahrlässige Zuwiderhdlg. (Abschn. 29 N. 2_2) strafbar ist; Rotering N. 11_1.

Die „Beschädigungen" sind nicht näher bezeichnet; es kommen jedoch vorzugsweise nur solche von Personen in Betracht, solche von Sachen dagegen, wie Berner S. 700 bemerkt, nur insofern, als sie eine Gefährlichkeit des Thieres bekunden, nicht also solche, die dem Wesen desselben entsprechen, wie z. B. Beschädigungen der Krippe.

c) Zu vergleichen ist
wegen „ohne polizeil. Erlaubniß": oben Nr. 3 N. e,
wegen „frei umherlaufen lassen": § 357 N. 3c,
wegen nicht erfolgter Regelung einer Materie i. S. des EG. § 2: § 366[5] N. b.

Zu Nr. 12.

a) Die Nr. 12 enthält als Norm das Gebot (Alboffer Unterlassungsdel. S. 132, Seligsohn G. 28 220), „an Orten, an welchen Menschen verkehren," — das sind nicht nothwendig „öffentliche Orte" (§ 116 N. 2a; Oppenh. N. 69, v. Schwarze N. 12), sondern solche, an denen, wie es im § 366[8] heißt (N. a zu den Nr. 2ff.), „Menschen zu verkehren pflegen" (so auch in der Sache RG. IV 18. Juni 89 G. 37 202, eine nach civilrechtl. Grundsätzen zu beurtheilende Berechtigung zum Betreten des Ortes sei nicht maßgebend, sondern es genüge, wenn thatsächlich Menschen in öfterer Wiederkehr den Ort beträten) — „Brunnen rc." — also allgemein Oeffnungen, in die Jemand hineinfallen kann, deshalb unter Umständen auch Gräben (RG. VI ES. 27. Feb. 90 E. ES. 25 53) — derartig zu verdecken, daß daraus „keine Gefahr für Andere" — worunter durchaus nicht blos „Durchschnittsmenschen" zu verstehen sind, sondern namentl. auch Personen, die in Folge (jugendlichen) Alters o. Gebrechlichkeit mehr o. weniger unbehülflich sind (RG. IV 14. Jan. 90 G. 37 441, Rotering N. 12_2) — „entstehen kann." Auch hier wird sowenig wie im § 366[8] (das. N. a) eine Gefährdung gefordert; es liegt somit ein reines Polizeidelikt vor, so daß auch fahrlässige Zuwiderhdlg. (Abschn. 29 N. 2_2) strafbar ist; Rotering N. 12_2.

b) Das Gebot richtet sich keineswegs ausschließlich an den Eigenthümer der Oeffnung; dagegen spricht schon das Eingangswörtchen „Wer"; so die GM., insbs. RG. I 23. Feb. 82, IV 23. Nov. 86, E. 6 64, 15 58, Berlin 29. Sept. 71, 1. Juli 75, St. 1 174, O. 16 508. Das Gebot wendet sich vielmehr an denjenigen, der thatsächlich die Verfügung über die Grube hat, also — wenn somit auch in vielen Fällen an den Eigenthümer selbst — doch auch an den Inhaber oder Verwalter, der nicht zugleich Eigenthümer ist; es ist nicht einmal nothwendig, daß sie zur Innehabung o. Verwaltung ein Recht besaßen; so die citt. Entsch. Dagegen würde es zu weit gehen, überhaupt Jeden, dem eine eine Befugniß zur Benutzung des btr. Ortes bzw. der btr. Oeffnung zusteht, zu ihrer Verdeckung für verpflichtet zu erachten; so das cit. RG. 23. Feb. 82.

c) An sich fallen auch „Bergwerksgruben" unter die Vorschrift. Wenn — was bei nicht erfolgter Regelung der Materie (vgl. EG. § 2 N. 4b, insbs. das dort cit. Berlin KG. 28. Jan. 86 Jahrb. 6 317) zulässig — partikuläre Berggesetze, wie z. B. das PrAllgBergG. v. 24. Juni 1865 § 76, die den Bergwerksbetrieb leitenden und beaufsichtigenden Personen verantwortlich machen, so schließt das nicht die konkurrirende Verantwortlichkeit anderer Personen aus § 367[12] aus; Berlin 1. Juli 75 O. 16 508.

Zu Nr. 13.

a) Es handelt sich um die Zuwiderhdlg. gegen das alternative Gebot, den Einsturz drohende „Gebäude" (d. h. hier — im w. S. als im § 243 [das. N. 11ff.] — überhaupt, „Bauwerke"; so Oppenh. N. 74 u. v. Schwarze N. 13) entweder „auszubessern" — und zwar in einer die Gefahr beseitigenden Weise (Rotering N. 13) — oder „niederzureißen", somit um ein echtes Unterlassungsdelikt (so: Alboffer Unterlassungsdel. S. 132, Seligsohn G. 28 220; aM. Sturm Unterlassungsdel. S. 416).

b) Das Gebot tritt aber erst in Kraft, nachdem eine bezügliche „polizeiliche Aufforderung," gleichgültig in welcher Form, ergangen ist (vgl. deshalb § 360[10] N. b, c); trotzdem liegt kein sog. Blankettstrafgesetz (§ 145 N. 1) vor, wie Binding Normen 1 163 N. 10 annimmt, denn die Aufforderung ergeht individuell (Rotering N. 13), ohne daß es dabei um Ausfüllung des Strafgesetzes durch eine Norm sich handelt, die vielmehr in demselben bereits enthalten ist. Die Aufforderung hat zur objektiven Voraussetzung, daß das Gebäude „den Einsturz droht"; deshalb steht dem Richter die Nachprüfung zu, ob diese Voraussetzung vorlag (vgl. § 366[10] N. b); aM. jedoch die gesammte Litteratur, so: Berner S. 701, F. Meyer N. 13, Oppenh. N. 75, Puchelt N. 13, Rüd.-St. N. 34, v. Schwarze N. 13, Rotering N. 13.

c) Eine konkrete Gefährdung für fremde Rechtsgüter braucht nicht eingetreten zu sein; deshalb handelt es sich um ein reines Polizeidelikt, so das folgeweise (Abschn. 29 N. 2_2) auch fahrlässige Zuwiderhdlg., z. B. Nichtbefolgung aus bloßer Säumniß o. mangelhafte Ausbesserung, strafbar ist; Berner S. 701, Rotering N. 13.

Zu Nr. 14.

a) Ein reines Unterlassungsdelikt, nämlich die Zuwiderhdlg. gegen das Gebot (Aldosser Unterlassungsdel. S. 132, Seligsohn G. 28 220, Landsberg Kommissivdel. S. 219), bei Neuerrichtung sowie bei Ausbesserung von Bauwerken diejenigen „Sicherungsmaßregeln" zu treffen, welche entweder die Polizei — sei es generell, sei es speziell (Berner S. 701, Rüd.-St. N. 35, v. Schwarze N. 14 A. 7, Rotering N. 14_1) — angeordnet hat oder die sonst im einzelnen Falle der Natur der Sache o. den Umständen nach (RG. II EHS. 27. Okt. 81 E. ES. 6 260) erforderlich sind. Im Gegensatz zum § 330 wird konkrete Gefährdung nicht gefordert (aM. Rüd.-St. N. 35); es handelt sich sonach um ein reines Polizeidelikt, so daß folgeweise (Abschn. 29 N. 2_3) auch fahrlässige Zuwiderhdlg. strafbar ist; Rotering N. 14_1. Mit Rücksicht auf den Thatbestand des § 330 nimmt übrigens Berner S. 701 mit Recht an, daß unter den „Sicherungsmaßregeln" in Nr. 14 nicht solche zu verstehen seien, welche in der regelrechten Art des Baues selbst liegen. Es handelt sich vielmehr um Sicherungsmaßregeln, die aus Anlaß eines Baues zu treffen sind, jedoch nicht nur um solche zum Schutze von Personen — des sog. Publikums — sondern um Sicherungsmaßregeln gegen Gefahren jeglicher Art ohne in Ansehung von Personen o. Sachen (z. B. Nachbargebäuden) zu unterscheiden; cit. RG. II EHS. 27. Okt. 81.

b) „Wer Bauten ꝛc. vornimmt", kann Subjekt der Uebertr. aus Nr. 14 sein, also jedenfalls auch der Bauherr (vgl. Nr. 15); RG. II EHS. 27. Okt. 81 (s. o.), EHS. 12. Dez. 82, III ES. 21. Dez. 86, E. ES. 8 236, 17 105, Oppenh. N. 76.

Zu Nr. 15.

a) Eine rein baupolizeiliche Vorschrift, deren auch nur fahrlässige Uebertretung der Regel gemäß (Abschn. 29 N. 2_2) strafbar ist; Berner S. 702, Oppenh. N. 83, Rotering N. $15_{1,2}$. Aus diesem Charakter des Deliktes folgt, daß die eigenmächtige Abweichung von dem genehmigten Bauplane, die übrigens namentl. auch in einer unvollständigen Ausführung liegen kann (Oppenh. N. 85, v. Schwarze N. 15), selbst dann strafbar ist, wenn letzterer ein irriger war; München 10. März 75 St. 2 252, Oppenh. N. 84. Ueber die Richtigkeit des genehmigten Bauplanes steht dem Richter keinerlei Nachprüfung zu; Berner aO.

b) Die verschiedenen in Nr. 15 bezeichneten Personen sind nebeneinander verantwortlich (Berner S. 702) und kann eine Uebertragung der ausschließlichen Verantwortlichkeit des einen auf den anderen nicht stattfinden; Rotering N. 15_3.

c) Positive Voraussetzung ist aber für die Strafbarkeit, daß nach dem maßgebenden Landesrechte eine „polizeiliche Genehmigung des Baues" überhaupt erforderlich ist; es heißt nicht etwa „ohne poliz. Erlaubniß" (vgl. § 367[3]); Rotering N. 15_1. Ist die für einen Bau der btr. Art erforderliche Genehmigg. nicht ertheilt, so wird die Bestrafung dadurch nicht ausgeschlossen, daß es nur um Wiederherstellung einer von einem Dritten eigenmächtig zerstörten Anlage sich handelt; München OLG. 17. März 91 BayerE. NF. 6 421. Eine nur mündlich ertheilte Genehmigung genügt nicht, wenn durch PolV. vorgeschrieben ist, daß der behördliche Baukonsens schriftlich ertheilt werden muß; RG. IV 3. Apr. 91 G. 39 208.

Zu Absatz 2.

Im Falle der Nr. 8 dürfen die „Schießwerkzeuge", die nicht mit aufgezählt sind, nicht eingezogen werden; Berner S. 702, Oppenh. N. 90, Puchelt N. 16. Im übrigen vgl. §§ 40 N. 7, 11, 13, 42 N. 3a.

Schlußnote. Wg. Strafe, Verjährung u. Zuständigkeit vgl. Abschn. 29 N. 8 bis 10, wg. Verjährung im Falle der Nr. 15 insbs. § 67 N. 15 IIa.

§. 368.

Mit Geldstrafe bis zu sechszig Mark oder mit Haft bis zu vierzehn Tagen wird bestraft:

1) wer den polizeilichen Anordnungen über die Schließung der Weinberge zuwiderhandelt;

2) wer das durch gesetzliche oder polizeiliche Anordnungen gebotene Raupen unterläßt;
3) wer ohne polizeiliche Erlaubniß eine neue Feuerstätte errichtet oder eine bereits vorhandene an einen anderen Ort verlegt;
4) wer es unterläßt, dafür zu sorgen, daß die Feuerstätten in seinem Hause in baulichem und brandsicherem Zustande unterhalten, oder daß die Schornsteine zur rechten Zeit gereinigt werden;
5) wer Scheunen, Ställe, Böden oder andere Räume, welche zur Aufbewahrung feuerfangender Sachen dienen, mit unverwahrtem Feuer oder Licht betritt, oder sich denselben mit unverwahrtem Feuer oder Licht nähert;
6) wer an gefährlichen Stellen in Wäldern oder Haiden, oder in gefährlicher Nähe von Gebäuden oder feuerfangenden Sachen Feuer anzündet;
7) wer in gefährlicher Nähe von Gebäuden oder feuerfangenden Sachen mit Feuergewehr schießt oder Feuerwerke abbrennt;
8) wer die polizeilich vorgeschriebenen Feuerlöschgeräthschaften überhaupt nicht oder nicht in brauchbarem Zustande hält oder andere feuerpolizeiliche Anordnungen nicht befolgt;
9) wer unbefugt über Gärten oder Weinberge, oder vor beendeter Ernte über Wiesen oder bestellte Aecker, oder über solche Aecker, Wiesen, Weiden oder Schonungen, welche mit einer Einfriedigung versehen sind, oder deren Betreten durch Warnungszeichen untersagt ist, oder auf einem durch Warnungszeichen geschlossenen Privatwege geht, fährt, reitet oder Vieh treibt;
10) wer ohne Genehmigung des Jagdberechtigten oder ohne sonstige Befugniß auf einem fremden Jagdgebiete außerhalb des öffentlichen, zum gemeinen Gebrauche bestimmten Weges, wenn auch nicht jagend, doch zur Jagd ausgerüstet, betroffen wird;
11) wer unbefugt Eier oder Junge von jagdbarem Federwild oder von Singvögeln ausnimmt.

PrStGB. § $347^{2, 1, 4, 9, 6-12}$. Entw. I § $354^{2, 1, 3, 4, 6-11, 13}$, II § 364^{1-11}.
Aktenst. Nr. 105, 132. StB. S. 766—768.

Zu Nr. 1.

a) Es stehen „Zuwiderhdlgen“ (§ 360^{12} N. a) gegen „polizeiliche Anordnungen“ (§ 367^{2} N. a) in Frage. Die Ausfüllung des sog. Blankettstrafgesetzes (§ 145 N. 1) kann selbstverständlich — wie in Nr. 2 — auch durch Gesetz geschehen; Oppenh. N. 1. Da es um ein reines Polizeidelikt sich handelt, so ist auch die fahrlässige Zuwiderhdlg. strafbar, sofern nicht aus der ergangenen Anordnung bestimmt das Gegentheil erhellt (Abschn. 29 N. 2_2); Rotering N. 1.

Zu Nr. 2.

a) Mit Strafe bedroht wird ein echtes Unterlassungsdelikt (so: Albosser Unterlassungsdel. S. 132, Seligsohn G. 28 220, Landsberg Kommissivdel. S. 219; aM. Sturm Unterlassungsdel. S. 416), wegen dessen o. Nr. 1 zu vergleichen. Für Preußen hat Berlin 13. Juli 71 O. 12 397 angenommen, daß, wenn gesetzl. Bestimmungen das Raupen „zur Winterszeit“ bzw. „bis Ende April“ gebieten, durch ortspolizeil. Anordnung ein früherer Termin bestimmt werden könne, weil eine solche Bestimmung, ohne mit dem Gesetz in Widerspruch zu treten, nur mit Rücksicht auf lokale Verhältnisse u. Bedürfnisse in Ergänzung des Gesetzes getroffen werde.

Zu Nr. 3—8.

a) Die in den Nr. 3—8 getroffenen Vorschriften sind theils feuerpolizeilicher Natur, indem es um Präventivvorschriften zur Verhütung von Brandunglück sich handelt (Rotering N. 3₁), theils aber werden Gefährdungen durch Feuer mit Strafe bedroht (vgl. Nr. 5—7). Wenn auch an sich vorsätzliche Hdlgen erfordert werden, so sind doch nicht nur bei jenen Polizeidelikten die fahrlässigen Zuwiderhdlgen für strafbar zu erachten (Abschn. 29 N. 2₂), wie z. B. im Falle der Nr. 3 der Ankauf bei fahrl. irrthümlicher Annahme des Vorliegens der poliz. Erlaubniß, sondern sicher auch die blos fahrlässigen Gefährdungen, weil sonst der praktische Erfolg der Strafvorschriften wesentlich versagen würde, übrigens auch die Zusammenstellung mit den Polizeidelikten darauf hindeutet, daß bei diesen Gefährdungsdelikten gleichfalls der polizeil. Gesichtspunkt prävalire (Th. I Abschn. 4 N. 4₂); so ausdrücklich btr. der Nr. 5 Binding Normen I 189 N. 2.

b) Etwaige besondere landespolizeil. Vorschriften bleiben neben jenen in Geltung, soweit sie ihnen nicht entgegenstehen; Berner S. 703, Rüd.-St. N. 3, Rotering N. 3₂. Vgl. speziell u. Nr. 5 N. a.

Zu Nr. 3 u. 4.

a) Die Vorschriften der Nr. 3 u. 4 sind dazu bestimmt, sich gegenseitig zu ergänzen, und verfolgen gemeinsam den Zweck, daß alle Feuerstätten der Häuser, mögen sie bereits bestehen o. neu errichtet werden, immer u. unter allen Umständen in brandsicherem Zustande sich befinden, da nur unter dieser Voraussetzung die präventiv-feuerpoliz. Absicht erreicht werden kann; **RG.** I 26. Juni 82 R. **4** 621.

Unter „Feuerstätten" sind übrigens nicht blos die zur Aufnahme des Feuers dienenden Vorrichtungen, sondern ist alles zu verstehen, was zur brandsicheren Konstruktion der Oefen und Heerde gehört; München 3. Feb. 77 St. **7** 220, Berner S. 703, Oppenh. N. 6, 7.

b) Speziell durch Nr. 3 wird die „Errichtung" einer „neuen" und die „Verlegung" einer „bereits vorhandenen Feuerstätte" an einen anderen „Ort" (auch hier konform der Bedeutung des Wortes im § 39; das. N. 1) von einer „polizeil. Erlaubniß" abhängig gemacht; indem diese, u. zwar für jeden Einzelfall, als unbedingt erforderlich erklärt wird, soll dadurch gesichert werden, daß die Feuerstätte in feuersicherer Art angelegt bzw. verlegt werde. Daraus folgt die fortbauernde Gültigkeit älterer Polizeivorschriften, welche die Errichtung besonderer Arten von Feuerstätten von einer polizeil. Erlaubniß abhängig machen; Berlin 26. Okt. 75 O. **16** 690, Oppenh. N. 5, 6a, Rüd.-St. N. 3.

Die Vornahme anderer baulicher Veränderungen einer „vorhandenen Feuerstätte" als die „Verlegung" fällt nicht unter Nr. 3 (vgl. aber u. c zu Nr. 4); Rotering N. 3₃.

Uebrigens sind nur die bezeichneten Hdlgen — die „Errichtung" und bzw. „Verlegung" — mit Strafe bedroht, so daß mit deren faktischer Beendigung die Verjährung der Strafverfolgung beginnt (§ 67 N. 11); um ein sog. Dauerdelikt (das. N. 14a) handelt es sich nicht; **RG.** IV 29. März 92 E. **22** 435. Es ist Sache der Baupolizei durch Vornahme häufiger Revisionen die unerlaubte Errichtung von Feuerstätten ꝛc. zu konstatiren.

Als Subjekt der Uebertr. sieht das Gesetz einen Jeden an (vgl. „Wer"), der die Errichtung ꝛc. der Feuerstätte vornimmt; thatsächlich werden freilich nur die im § 367 [15] bezeichneten Personen als Thäter in Betracht kommen können; Rotering N. 3₄.

c) Speziell die Nr. 4 stellt ein echtes Unterlassungsdelikt auf (so: Aldosser Unterlassungsdel. S. 132, Rotering N. 4₄, Landsberg Kommissivdel. S. 219; aM. Sturm Unterlassungsdel. S. 414, der nur ein unechtes Unterlassungsdel. annimmt), indem mit Strafe bedroht wird die Zuwiderhdlg. gegen das Gebot, dafür zu sorgen, daß die bestehenden Feuerstätten „in baulichem u. brandsicherem Zustande" unterhalten und daß die Schornsteine (die an sich einen Theil der Feuerstätten bilden; s. o. N. a₂) „zur rechten Zeit" (vgl. § 139 N. 10) gereinigt werden; ist durch PolizeiV. die regelmäßige Reinigung in bestimmten Zeitabschnitten vorgeschrieben, was zulässig ist (s. o. Nr. 3—8 N. b), so liegt in der Versäumung einer solchen Frist zugleich eine Versäumung der „rechten Zeit"; Berner S. 704.

Die Unterhaltung der Feuerstätten „in baulichem u. brandsicherem Zustande" — d. h. in einem den baulichen Anforderungen in dem Grade entsprechenden Zustande, daß die Ge-

fahr eines Brandunglücks nicht vorliegt (Rotering N. 4₁) — begreift nicht nur die Reparaturpflicht für schadhaft gewordene Feuerstätten, sondern auch die Erhaltung des vorgeschriebenen Zustandes bei Vornahme von Aenderungen jeder Art; deshalb wird Nr. 4 insbs. anwendbar, wenn Jemand in seinem Hause eine vorher den Anforderungen entsprechende Feuerstätte, zu deren konstruktiver Aenderung er an sich einer polizeil. Genehmigung nicht bedurfte (N. b₂), in einer Weise ändern läßt, daß dieselbe nunmehr feuergefährlich wird; **RG.** I 26. Juni 82 R. **4** 621.

Das Gebot richtet sich übrigens ausweislich der Worte „in seinem Hause" zunächst an den Eigenthümer des Hauses, d. h. denjenigen, der das Haus, wie ein Eigenthümer, besitzt, nicht also an sich an den Miether o. Nutzungsberechtigten; München 15. Okt. 75 St. **6** 86, Berner S. 703 f.; andere Personen werden durch das Gebot nur dann als getroffen angesehen werden können, wenn sie an Stelle des Eigenthümers die Verfügungsgewalt über das Haus haben bzw. als Vertreter desselben in der Hausverwaltung fungiren; ähnlich Oppenh. N. 8, 9 u. v. Schwarze N. 4; weiter geht jedoch Rotering N. 4₁, nach dem „die Bestimmungen des Civilrechts über die Verpflichtung der Hausbewohner in Beziehung auf die dem Staate geschuldeten öffentl. Leistungen" entscheiden sollen.

Zu Nr. 5.

a) Daß durch Nr. 5 ein Zweig der sog. Feuerpolizei (s. o. N. a zu Nr. 3—8) als Materie i. S. des EG. § 2 (das. N. 4b) ausnahmsweise abschließend habe geregelt werden sollen, ist weder nach der Entstehungsgeschichte der Vorschrift, noch nach der Natur der feuerpolizeil. Vorschriften, deren Wirksamkeit von zeitlichen und örtlichen Zuständen abhängig ist, anzunehmen; **RG.** I 2. Nov. 82 E. **7** 201. Bezüglich der fortdauernden Geltung partikulärer Vorschriften gilt deshalb das o. in N. b zu Nr. 3—8 im allg. Bemerkte, d. h. dieselben sind nur ungültig, soweit sie der Nr. 5 entgegenstehen.

b) Verboten wird in Nr. 5, Räume, welche zur Aufbewahrung feuerfangender Sachen „dienen" (vgl. § 304 N. 2f) — denn auch nur unter dieser Voraussetzung kommen „Scheunen, Ställe, Böden" in Betracht — mit „unverwahrtem Feuer o. Licht" — d. h. einem solchen, welches gegen die Mittheilung u. Verbreitung nach Außen nicht sicher stellt, was mit Rücksicht auf die größere o. geringere Entzündbarkeit u. Feuergefährlichkeit der in den fr. Räumen aufbewahrten Gegenstände zu beurtheilen ist (Berlin 27. Sept. 77 O. **18** 603, Berner S. 704, Rotering N. 5₁) — „zu betreten" oder auch nur denselben „sich zu nähern"; letztere Hdlg. bedarf nothwendig einer näheren Begrenzung; verboten ist offenbar die „gefährliche Annäherung" (Berner aO.), d. h. eine Annäherung so weit, daß eine konkrete Gefahr (§ 52 N. 7) entsteht; Rotering N. 5₁. Bei dieser Alternative handelt es sich sonach um ein Gefährdungsdelikt (s. o. Nr. 3—8 N. a); dasselbe wird aber auch betreffs der ersteren Alternative anzunehmen sein: das Betreten eines zur Aufbewahrung feuerfangender Sachen dienenden Raumes mit unverwahrtem Feuer enthält unbedingt eine Gefährdung.

c) Unter Berücksichtigung des zu b bezüglich des Thatbestandes der Nr. 5 Gesagten i. V. mit dem zu a Bemerkten fragt es sich, wann landespolizeil. Vorschriften als „entgegenstehende" u. deshalb ungültige anzusehen sind. Am weitesten geht hierin Berlin 21. Sept. 76, 27. Sept. 77, O. **17** 584, **18** 603, das Polizeivorschriften, die das Tabackrauchen in den bezeichneten Räumen unbedingt untersagten, für ungültig ansehen, weil dieselben über die Vorschrift der Nr. 5 hinaus gingen. Das geht aber zu weit (Rüd.-St. N. 5), vielmehr sind solche Polizeivorschriften mit dem zu a cit. **RG.**, sowie mit Binding **1** 319 N. 9 u. Oppenh. N. 14 für gültig zu erachten, indem der Landesgesetzgbg. nicht die Befugniß entzogen ist, das „Rauchen" als solches zum Gegenstande einer PolV. zu machen, also der Uebertr. aus Nr. 5 eine verwandte Uebertr. zur Seite zu stellen. Binding aO. erachtet dagegen eine lokale PolV. für nichtig, welche das Betreten von Scheunen selbst mit verwahrtem Lichte bedrohte, während das cit. **RG.** (ebenso Berner S. 704) mit Recht annimmt, daß eine PolV., wenn sie in Erfüllung des den Polizeibehörden gesetzlich zugewiesenen Berufes im Hinblick auf besondere Verhältnisse für ihren Geltungsbereich strengere Vorschriften im Gebiete des Polizeistrafrechts erlasse, als das StGB. durch Sanktion einer allgemein passenden u. nothwendigen Norm berührt hat, mit letzterem sich nicht in Wider-

spruch stelle. Es ist sonach die Straflosigkeit des Betretens von Scheunen ꝛc. mit verwahrtem Feuer auch nicht indirekt für zugesichert zu erachten.

Zu Nr. 6 und 7.

a) Die beiden Nr. 6 u. 7 bedrohen gewisse „an gefährlichen Stellen in Wäldern o. Haiden" oder „in gefährlicher Nähe von Gebäuden o. feuerfangenden Sachen" vorgenommene Hdlgen lediglich aus dem Gesichtspunkte der Feuergefährlichkeit, wie namentl. ein Vergleich der Nr. 7 mit § 367[8] zeigt; deshalb ist es ganz gleich, ob das „Feuergewehr" (Nr. 7) geladen ist o. nicht; Berner S. 705, Oppenh. N. 19, v. Schwarze N. 7, Rotering N. 7_1, Wagner Jagdgesetzgbg. S. 150.

b) Wegen „gefährlicher Stelle" bzw. „Nähe" vgl. das zu Nr. 5a betreffs der „gefährlichen Annäherung" Bemerkte; die konkreten Verhältnisse müssen bei der Feststellg. dieses Momentes in Betracht gezogen werden (Rotering u. Wagner aO.), denn auch hier handelt es sich um ein Gefährdungsdelikt; Binding Normen I 393 N. 40II. Da aber — trotz der Vorsätzlichkeit der einzelnen Hdlgen — auch fahrlässige Gefährdung (s. o. Nr. 3—8 N. a) für strafbar gelten muß (Rotering N. 6_1, 7), so ist die Anwendung der Nr. 6 u. 7 keineswegs „durch die Kenntniß von der Feuergefährlichkeit" bedingt (so jedoch Oppenh. N. 16, 18), sondern es greift vielmehr § 59_2 Platz. Werden „Gefährdungen" mit Strafe bedroht, so hat die Bestimmung auch Anwendung zu finden, wenn die Hdlgen nicht zum Vergnügen ꝛc., sondern zu bestimmten technischen Zwecken, wie z. B. Sprengungen, vorgenommen werden; Oppenh. N. 20, Rotering N. 7_1. Ebendeshalb muß unter „Feueranzünden" (Nr. 6) auch jedes Feuer- bzw. Lichtmachen verstanden werden, weil das Gefährdungsmoment dasselbe bleibt; aM. Rotering N. 6_1, Feueranzünden sei „im volksthümlichen S. des Wortes" zu verstehen.

c) Steht übrigens die strafb. Gefährdung von Eigenthum durch Feuer in Frage, so kann nicht davon die Rede sein, daß bei Ausbruch eines Feuers eine Idealkonk. mit den Brandstiftungsdelikten vorliege; die Vorschriften der Nr. 6 u. 7 gelten vielmehr im Verhältnisse zu denen der §§ 307 ff. nur subsidiär; vgl. § 73 N. 13b. Dagegen ist, z. B. im Falle des Abschießens eines geladenen Feuergewehrs, Idealkonk. mit den Körperverletzungsdel. denkbar, weil in solchem Falle die Gefährdung und Verletzung verschiedene Rechtsgüter betreffen; H. Meyer S. 491 N. 26.

Zu Nr. 8.

a) Die Nr. 8 enthält ein sog. Blankettstrafgesetz (§ 145 N. 1), dessen Ausfüllung wesentlich durch landespolizeil. (vgl. jedoch GewerbeO. § 24_2) erlassene Vorschriften zu denken ist; die bestehenden sind somit, abgesehen von den Strafandrohungen (Oppenh. N. 23), in Kraft geblieben. Man nimmt an (so: Berlin RG. 3. Okt. 89 G. **37** 308, Oppenh. N. 22, v. Schwarze N. 8, Seligsohn G. 28 220, Rotering N. 8_2), daß nur allgemeine Anordnungen in Frage kämen, nicht aber individuelle Weisungen; das scheint jedoch namentl. im Hinblick auf den cit. § 24_1 der GewerbeO. nicht richtig; soweit auf Grund allgemeiner feuerpolizeil. Vorschriften individuelle Anordnungen getroffen werden können, wird auch deren „Nicht-Befolgung" aus Nr. 8 strafbar sein (Rüd.-St. N. 7 ist trotz Widerspruchs derselben M.); der letztere allgemeine Ausdruck (vgl. § 145 N. 3) ist gewählt, weil erst aus dem Inhalte der btr. „feuerpolizeil. Anordnung" ersichtlich, welches Handeln bzw. Unterlassen strafbar sei (Rotering N. 8_3); im Zweifel wird allerdings auch fahrlässige Uebertr. strafbar sein; es läßt sich aber nicht ganz allgemein der Satz aufstellen, daß ein bewußt unbefugtes Handeln nicht erfordert werde; so jedoch Oppenh. N. 23.

b) Der Begriff der „feuerpolizeil. Anordnungen" umfaßt nicht blos die unmittelbar auf die Löschung eines Feuers Bezug habenden Maßregeln, sondern auch alle diejenigen Vorkehrungen, welche bezüglich der Organisation des Feuerlöschwesens zu treffen sind, also namentl. auch die Betheiligung bei den durch eine ordnungsmäßig erlassene FeuerlöschO. vorgeschriebenen Uebungen bzw. die Zwangspflicht, in die Feuerwehr einzutreten und die Erfüllung der daraus sich ergebenden Obliegenheiten; München 14. Nov. 73, 21. Aug. 74, St. **3** 249, **4** 219, Berlin RG. 4. Juni 88 Jahrb. 8 236 (btr. Theiln. an den Uebungen der Feuerwehr), Berner S. 705.

c) In dem ersten Theile der Nr. 8 ist der Inhalt der zu erlassenden Anordnung genau wiedergegeben (Binding Normen **1** 69 N. 20); es handelt sich um die Zuwiderhdlg. gegen ein Gebot, also um ein echtes Unterlassungsdel.; so Rotering N. 8_2; aM. Sturm Unterlassungsdel. S. 415.

Zu Nr. 9.

a) Es handelt sich um einen Eingriff in ein fremdes Privatrecht an Grundstücken, nämlich das im Eigenthum liegende Ausschließungsrecht Anderer; Berner S. 705, Rotering N. 9_1. Somit steht ein Verletzungsdelikt in Frage (das man in Anlehnung an den Hausfriedensbr. des § 123 als Feldfriedensbr. bezeichnen kann; vgl. Ziebarth Forstr. S. 394). Folgeweise ist, da ein anderes nicht angedeutet ist (Th. I Abschn. 4 N. 4_2), nur die vorsätzliche Zuwiderhdlg. strafbar, derartig, daß der Thäter im Bewußtsein der Widerrechtlichkeit bzw. bewußt „unbefugt" (§ 123 N. 14) gehandelt haben muß; Berlin RG. 29. Jan. 85 Jahrb. **5** 406, München 13. Feb. 88 BayerE. NF. **5** 21, Oppenh. N. 24, Rotering N. $9_{1,2}$, der jedoch mit Recht auf das thatsächlich häufige Vorkommen des eventuellen Dolus (§ 59 N. 6), der selbstverständlich auch hier ausreicht, hinweist. Andererseits kann das Bewußtsein der mangelnden Befugniß leicht fehlen bei der bloßen Ueberschreitung einer zustehenden Befugniß; so außer dem cit. Berlin RG. auch Dresden 17. Okt. 73 St. **4** 75, das im übrigen, ebenso wie Oppenh. N. 24, zu Unrecht bestreitet, daß das Ueberschreiten einer Befugniß der fehlenden Befugniß an sich gleichstehe.

b) Im Einzelnen ist zu bemerken:

α) „Gärten" und „Weinberge" sind unbedingt geschützt; „Wiesen" und „bestellte Aecker", d. h. besäete o. bepflanzte, nicht etwa blos umgepflügte, Aecker (Berner S. 706, Oppenh. N. 28, v. Schwarze N. 9, Rotering N. 1_1) bis zur „Beendigung der Ernte" (Wiesen also bis nach dem 2. Schnitt; Oppenh. N. 27), endlich „Aecker u. Wiesen" außerdem sowie „Weiden u. Schonungen" dann, wenn sie „mit einer Einfriedigung versehen sind" (§ 123 findet deshalb dann keine Anwendung; das. N. $5_{2,3}$) oder deren Betreten in erkennbarer und verständlicher Weise seitens des dazu berechtigten Privaten (Berlin 27. Apr. 76 G. **24** 470, Berner S. 706, Rotering N. 9_1) „durch Warnungszeichen untersagt ist", endlich „Privatwege" (es handelt sich eben nur um den Schutz des Privateigenthums), die in gleicher Weise geschlossen sind.

β) Die in Betracht kommenden Hdlgen sind als solche durchweg vorsätzliche; deshalb ist das bloße „Uebertreten von Vieh" nicht dem „Viehtreiben" gleichzustellen und fällt nicht unter Nr. 9; Berner S. 706, Oppenh. N. 31, v. Schwarze N. 9. Uebrigens handelt es sich keineswegs nur um Benutzung eines Grundstückes als Weg, vielmehr findet Nr. 9 auch bei einem bloßen Betreten des Grundstückes, dem Hinschreiten auf einem Theil desselben, Anwendung; Jena 17. Dez. 73 St. **4** 219, Berner S. 706, Oppenh. N. 24a, v. Schwarze N. 9. Deshalb kann auch die Benutzung einer Landfläche über die Ufergrenze eines öffentl. Flusses hinaus da, wo sie — wie im Gebiete des GR. unerlaubt ist — unter Nr. 9 fallen; Berlin RG. 29. Jan. 85 Jahrb. **5** 406.

γ) Das Gehen rc. über fremde Gärten rc. kann aus mannigfachen Gründen ein befugtes sein; so namentl. bei Ausübung eines Nothwegerechtes; ROHG. 12. Sept. 73 Entsch. **11** 28 (vgl. jedoch dagegen vom Standpunkte des Französ. Civilrechts Cöln OLG. 26. Apr. 89 G. **37** 220).

Zu Nr. 10.

a) Die Strafe ist angedroht, weil der Zuwiderhdlg. möglicher Weise eine Vorbereitung des unberechtigten Jagens bzw. ein Versuch desselben zu Grunde liegen kann (Binding Normen **1** 403 N. 22), bzw. weil daraus leicht die Verübung eines Jagdverg. folgeweise sich ergeben kann — allein die Strafe erfolgt unbedingt, auch dann, wenn z. B. diese Möglichkeiten durch die Persönlichkeit des „Betroffenen" ganz ausgeschlossen sind; desgleichen bei dem positiven Nachweise, daß der Betroffene garnicht jagen wollte; Colmar OLG. 19. Jan. 84 Franz Rechtspr. **1** 51. Es liegt in der Hdlg. an sich weder ein Eingriff in das Recht des Jagdberechtigten (so jedoch RG. II 31. Mai 81 R. **3** 352), noch sonst eine Privatrechtsverletzung (so aber Rotering N. 10_1), namentl. kein Eingriff in das Eigenthum

wie im Falle der Nr. 9. Es handelt sich vielmehr um die Uebertr. einer jagdpolizeilichen Vorschrift (so nicht nur das cit. Colmar, sondern auch wiederholt das cit. RG.), somit um ein reines Polizeidelikt (Abschn. 29 N. 2_2), bei dem auch die nur fahrlässige Uebertr. für strafbar zu erachten ist; eine solche kann in Gemäßheit des § 59_2 namentl. eintreten bei Irrthum über die zustehende Befugniß, insbs. bei irrthümlicher Ueberschreitung des eigenen Jagdgebietes; aM.: Berlin KG. 5. Okt. 91 G. **39** 356, Berner S. 707, F. Meyer N. 10, Oppenh. N. 36, 41, Rotering N. 10_1, Wagner Jagdgesetzgbg. S. 214, die sämmtlich „bewußt unbefugtes" Zuwiderhdeln verlangen (s. u. f).

b) Diese letztere Ansicht reiht den Thatbestand der Nr. 10 den Verletzungen des Jagdrechtes ein; es findet aber jene Anwendung, „wenn der Betreffende auch nicht jagend betroffen wird." Die Wortfassung ist nicht korrekt; gemeint ist, daß der Betroffene die Jagd nicht ausgeübt habe; hat er das gethan, so finden die §§ 292 ff. Anwendung; die Strafbestimmungen schließen einander aus; RG. I 24. Mai 86 R. 8 378. Deshalb ist auch Idealkonk. (§ 73) undenkbar; so: RG. IV 29. Jan. 86 E. **13** 270, F. Meyer N. 10; aM.: Berlin OAG. 5. Juli 73 St. **3** 43, Oppenh. N. 44. Wohl aber kann Nr. 10 Anwendung finden bei einer — aus den §§ 292 ff. nicht strafb. — Vorbereitung des unberechtigten Jagens; RG. III 15. Jan. 85 E. **11** 421.

c) Für den Begriff des „fremden Jagdgebietes" ist nicht das Eigenthumsrecht am Grund und Boden entscheidend, sondern vielmehr nach dem Zwecke der Bestimmung das Bestehen der Jagdberechtigung eines Anderen an dem btr. Gebiete. Demnach ist es (vgl. jedoch u. N. f) gleichgültig, ob der Betroffene als Eigenthümer oder sonst an sich zum Betreten des Gebietes berechtigt ist; Colmar 19. Jan. 84 Franz Rechtspr. **1** 51. Uebrigens bleibt der Grund u. Boden „Jagdgebiet", wenn auch die Jagd zufolge jagdpolizeilicher Vorschriften auf demselben zu ruhen hat. Für den an sich dort Jagdberechtigten ist aber ein solches Jagdgebiet — auch trotz des Ruhens der Jagd — kein „fremdes"; Oppenh. N. 37.

d) Wenn das „Betroffenwerden" auf fremdem Jagdgebiete mit Strafe bedroht ist, so liegt auch hier ein unkorrekter Wortausdruck vor (s. o. b); gemeint ist vielmehr die Hdlg. des Betretens, mag der Nachweis dafür auch in anderer Weise als durch Augenzeugen geführt werden; RG. II 31. Mai 81, III 19. Okt. 85, R. **3** 352, **7** 594, Berner S. 707, Geyer **2** 53, Oppenh. N. 42, Puchelt N. 10, v. Schwarze N. 10; vgl. auch Berlin KG. 4. Jan. 86 Jahrb. **6** 274 btr. der gleichen Wendung im § 49[1] des PrFischereiG. v. 30. Mai 1874 (es handele sich nur um eine „Beweisfrage").

e) Das Betreten fremden Jagdgebietes (N. c, d) ist nur strafbar unter zwei positiven Voraussetzungen, die kumulativ zusammentreffen müssen:

α) Der Betretende muß „zur Jagd ausgerüstet" sein. Das ist derjenige, der ein zur Jagdausübung geeignetes Werkzeug, insbs. ein Schießgewehr, in einem solchen Zustande mit sich führt, daß von demselben bei sich darbietender Gelegenheit sofort zum Zwecke der Ausübung der Jagd Gebrauch gemacht werden kann; keineswegs braucht der Thäter durch seine äußere Ausrüstung erkennen zu geben, daß er jagen wolle; RG. I 7. Jan. 84 E. **9** 412, Berner S. 706 f. In der Praxis ist dieser Thatumstand bejaht: bei Jemanden, der ein Schießgewehr u. das dazu gehörige Schießmaterial bei sich führte, obgleich der Hahn zur Ruh gestellt oder selbst das Gewehr ungeladen war (cit. RG. 7. Jan. 84), ja sogar für den Fall, daß das ungeladene Gewehr noch am Schlosse umbunden war; RG. II 4. Nov. 87 R. **9** 556.

β) Der so zur Jagd Ausgerüstete muß das fremde Jagdgebiet betreten haben „außerhalb des öffentlichen, zum gemeinen Gebrauche bestimmten Weges". Hiernach entfällt die Strafbarkeit nicht unbedingt schon dann, wenn der Betreffende sich auf einem „öffentlichen Wege" (§ 116 N. 2), wozu auch schiffbare Wasserläufe gehören (Colmar OLG. 22. Sept. 90 G. **39** 183), befunden hat, sondern nur sofern der Theil des öffentl. Weges zugleich „zum gemeinen Gebrauch bestimmt" ist; so hat RG. III 12. Juli 87 E. **16** 203 mit Recht angenommen, daß Seitengräben eines öffentl. Weges, auch wenn sie, wie z. B. im Königreich Sachsen, zweifellos Zubehör desselben seien, dennoch zum gemeinen Gebrauch nicht „bestimmt", d. h. gewidmet seien (§ 243 N. 32). Nicht

entscheidend ist dagegen, ob der öffentl. Weg auch momentan dem öffentl. Verkehr „dient" (§ 304 N. 2f) oder etwa wegen Ausbesserung ꝛc. demselben zeitweise entzogen ist. Der Grund, weshalb Jemand von dem zum gem. Gebrauche dienenden Wege abgewichen ist, ist ganz gleichgültig, so namentl. die Absicht, vor dem Förster sich zu verbergen; **RG. II** 31. Mai 81 **R. 3** 352.

f) Zu den positiven Erfordernissen (e) tritt noch das negative hinzu, daß das Betreten erfolgt sein muß entweder „ohne Genehmigung des Jagdberechtigten" (§ 292 N. 14) oder „ohne sonstige Befugniß" (§ 123 N. 14), mit welchem letzteren Zusatze nach den Motiven der Fall berücksichtigt werden sollte, wo der Thäter zwar nicht mit Genehmigung des Jagdberechtigten (die übrigens nicht ausdrücklich ertheilt zu werden braucht; Binding **I** 716), aber „auf Grund einer gesetzlichen oder anderen Befugniß" über das fremde Jagdgebiet geht. In dieser Beziehung hat **RG.** I 26. Sept. 87 **E. 16** 197 (allgemein, nicht blos für das in Elsaß-Lothringen geltende Recht) ausgesprochen, daß es als in der Berechtigung eines Gemeindeförsters begründet angesehen werden müsse, bei Ausübung des Forstschutzes auch in Jagdausrüstung Privatjagdgebiet außerhalb des Weges zu betreten, wenn er dazu besondere Veranlassung habe (eine früher in Preußen bestandene gegentheilige Ansicht habe auf der vom **RG.** verworfenen — vgl. § 117 N. 9 — Annahme beruht, daß der Forst- u. Jagdbeamte nur bei Vornahme des Forstschutzes innerhalb seines Bezirkes als im Amte befindlich zu betrachten sei).

Zu Nr. 11.

a) Die Nr. 11 ist nur noch in Kraft, soweit sie auf „Eier" und „Junge" von „jagdbarem Federwild" (§ 292 N. 5) sich bezieht, nicht dagegen auf solche von „Singvögeln"; denn auf diese findet jetzt das G. btr. den Schutz von Vögeln v. 22. März 1888 Anwendung, das zwar nicht auf den Schutz von Singvögeln sich beschränkt, dessen Bestimmungen aber auf die „nach Maßgabe der Landesgesetze jagdbaren Vögel" keine Anwendung finden; Oppenh. N. 50, Dalcke Jagdr. S. 232 N. 14.

b) Die „Eier" von jagdbarem Federwild sind nicht Gegenstand des Jagdrechtes (unrichtig deshalb Binding Normen **I** 345 N. 10, soweit seine Bemerkung auf diese sich bezieht), wohl aber die „Jungen" (§ 292 N. 6, 7a), worunter nur solche jagdbare Vögel zu verstehen sind, welche noch im Neste sich befinden, denn nur auf solche paßt der Ausdruck „ausnehmen"; Oppenh. N. 48, Rotering N. 11_1, Wagner Jagdgesetzgbg. S. 214. Soweit also die letzteren den Angriffsgegenstand bilden, findet die mildere Strafvorschrift der Nr. 11 als speziellere Anwendung, nicht aber diejenigen der §§ 292 ff.; Oppenh. N. 47, Rotering, Wagner aO.

c) Das „Ausnehmen" ist nur strafbar, sofern es „unbefugt" (§ 123 N. 14) geschieht; dieses Wort ist vom RT. hinzugefügt, wesentlich um die landesgesetzlichen Bestimmungen aufrecht zu erhalten, welche ausnahmsweise das Ausnehmen gestatten, wie z. B. § 6 des PrJagdschonG. v. 26. Feb. 1870 die zur Jagd berechtigten Personen, namentl. die Besitzer von Fasanerien, für befugt erklärt, die im Freien gelegten Eier in Besitz zu nehmen, um sie ausbrüten zu lassen.

d) Das Delikt ist ein Verletzungsdelikt, das Vorsatz, namentl. auch Bewußtsein der fehlenden Befugniß, erfordert (Rotering N. 11_1); verletzt wurden theils Privatrechte, theils öffentliche Interessen.

Schlußnote. Wg. Strafe, Verjährung u. Zuständigkeit vgl. Abschn. 29 N. 8—10.

§. 369.

Mit Geldstrafe bis zu einhundert Mark oder mit Haft bis zu vier Wochen werden bestraft:

1) Schlosser, welche ohne obrigkeitliche Anweisung oder ohne Genehmigung des Inhabers einer Wohnung Schlüssel zu Zimmern oder Behältnissen in der letzteren anfertigen oder Schlösser an denselben öffnen, ohne Genehmigung des Hausbesitzers oder seines Stellvertreters einen Hausschlüssel

anfertigen, oder ohne Erlaubniß der Polizeibehörde Nachschlüssel oder Dietriche verabfolgen;

2) Gewerbtreibende, bei denen zum Gebrauche in ihrem Gewerbe geeignete, mit dem gesetzlichen Eichungsstempel nicht versehene oder unrichtige Maße, Gewichte oder Waagen vorgefunden werden, oder welche sich einer anderen Verletzung der Vorschriften über die Maß- und Gewichtspolizei schuldig machen;

3) Gewerbtreibende, welche in Feuer arbeiten, wenn sie die Vorschriften nicht befolgen, welche von der Polizeibehörde wegen Anlegung und Verwahrung ihrer Feuerstätten, sowie wegen der Art und der Zeit, sich des Feuers zu bedienen, erlassen sind.

Im Falle der Nr. 2 ist neben der Geldstrafe oder der Haft auf die Einziehung der vorschriftswidrigen Maße, Gewichte, Waagen oder sonstigen Meßwerkzeuge zu erkennen.

PrStGB. § 348$^{1-3}$ Entw. I § 355$^{1-3}$, II § 365$^{1-3}$.

Entw. d. StGN. Art. I § 369. Aktenst. 1875/76 Nr. 54. StB. 1875/76 S. 1008.

Zu Nr. 1.

a) Subjekte der aus Nr. 1 strafb. Hdlgen sind „Schlosser", d. h. nach der GM. nur solche Personen, welche gewerbsmäßig Schlosserarbeiten verrichten, freilich, wie Meves N. 1 richtig bemerkt, ohne Rücksicht darauf, ob der Betreffende Meister o. Geselle, ob er das Handwerk ordnungsmäßig erlernt hat oder nicht, ob er dasselbe ausschließlich o. nur als Nebengewerbe betreibt. Auf der anderen Seite wird freilich jene Beschränkung h. z. T. legislatorisch allgemein gemißbilligt; vgl. hierüber namentl. die RT.-Verhandlungen v. 18. Mai 1887 (StB. I. Session 1887 Bd. 2 S. 639 ff.), in denen ein Antrag, den Eingangsworten zu substituiren „Wer", zwar die Mehrheit fand, jedoch wegen Beschlußunfähigkeit des RT. nicht zum Beschluß erhoben werden konnte.

b) Der erste Mischthatbestand dieser Nr. erfordert ein Handeln — das „Anfertigen von Schlüsseln ꝛc." — entweder „ohne obrigkeitliche Anweisung" oder „ohne Genehmigung des Inhabers einer Wohnung". Jene kann im Gesetze ertheilt sein, so im § 678$_2$ der CPO. den Gerichtsvollziehern, sie kann aber auch seitens der dazu berechtigten Behörde — die keineswegs eine „Polizeibehörde" (s. u. N. d) sein muß — im Einzelfalle ertheilt sein. Diese, die Genehmigung, kann seitens desjenigen, der die Wohnung thatsächlich innehat (Meves N. 3), auch stillschweigend ertheilt worden sein (Meves N. 4).

c) Der zweite Mischthatbestand erfordert ein Handeln „ohne Genehmigung des Hausbesitzers oder seines Stellvertreters"; hier gilt ganz entsprechendes wie bezüglich der „Genehmigung des Wohnungsinhabers" (b), weshalb namentlich der „Hausbesitzer" nicht der „Hauseigner" zu sein braucht (Berner S. 709). Für die Eigenschaft als „Hausschlüssel" ist lediglich entscheidend, ob er zur Oeffnung der „Hausthür" bestimmt ist, gleichgültig, ob er auch etwa noch Etagenschlüssel ist bzw. als Hauptschlüssel fungirt; Meves N. 6, Oppenh. N. 3, Rotering N. 1$_1$. Aber auch in solchen Fällen genügt zur Anfertigung eines neuen Schlüssels an Stelle eines etwa verlorenen nicht die Genehmigung des Inhabers der btr. Etage; so: Oppenh. N. 2, Rotering aO.

d) Der dritte Mischthatbestand erfordert die „Verabfolgung" (die nicht nur durch ein Veräußern, sondern auch durch ein Leihen geschehen kann; Meves N. 7) von „Nachschlüsseln" (d. h. falschen Schlüsseln; § 243^3 N. 34) und „Dietrichen", und zwar „ohne Erlaubniß der Polizeibehörde" (§ 367^3 N. e), die nach Lage der Sache nur als ausdrückliche, wenn auch formlose, gedacht werden kann.

e) Sämmtliche Delikte der Nr. 1 tragen einen rein polizeilichen Charakter an sich; es handelt sich um Vorschriften, die im sicherheitspolizeilichen Interesse, speziell zum Schutze des Eigenthums, wesentlich — aber nicht ausschließlich — gegen diebische Angriffe gegeben

sind; v. Liszt S. 631 sowie Binding Normen I 403 N. 10, es handele sich um mögliche Vorbereitungs- bzw. Gehülfenhdlgen; vgl. auch v. Kries ZfStRW. 7 571 f., der gerade, weil der Thäter den Schlüssel 2c. auch zu anderen als diebischen Zwecken anfertigen lassen könne, Konkurrenz zwischen Diebstahl und der Uebertr. aus § 369[1] bzw. der Anstiftung zu dieser mit Recht für möglich hält.

Demgemäß erscheint durchweg auch fahrlässiges Zuwiderhandeln strafbar (Abschn. 29 N. 2_2), z. B. bei irrthümlicher Annahme der erforderlichen Genehmigung; so wohl Meves N. 5 (der Einwand, in gutem Glauben gehandelt zu haben, schütze nicht), auch Rotering N. 1_2 btr. des dritten Mischthatbestandes, aM. dagegen N. 1_1 btr. der beiden anderen Thatbestände, in denen er „Privatrechtsverletzungen" bedroht sieht; allein die Verletzungen des Sacheigenthums, des Hausfriedens 2c. unterstehen als solche anderen Strafbestimmungen.

Zu Nr. 2, einschließlich des Absatzes 2 des §.

a) Subjekte der aus Nr. 2 strafb. Hdlgen sind solche „Gewerbetreibende", d. h. Personen, die einen auf Erwerb gerichteten Beruf betreiben (§ 222 N. 7c), — also nicht etwa blos „Handeltreibende" (Meves N. 9) — welche in ihrem Gewerbe zu messen und zu wägen haben, folglich „Maße, Gewichte o. Waagen gebrauchen" (s. u. N. e). Ob das „Gewerbe" das ganze Jahr hindurch ununterbrochen ausgeübt wird, erscheint gleichgültig; deshalb gehören zu jenen „Gewerbtreibenden" auch Hotelbesitzer und Pensionshalter, die ihr Hotel 2c. einen Theil des Jahres hindurch geschlossen halten; München 15. Feb. 76 St. 6 87.

b) Die strafb. Hdlg. besteht in einer „Verletzung" der „Vorschriften über die Maß- u. Gewichtspolizei"; es liegt also ein sog. Blankettstrafgesetz vor (§ 145 N. 1), dessen Ausfüllung gemäß Art. 4[3] RV. durch eine reichsrechtliche Norm zu geschehen hat (Binding Normen I 163 N. 10, 165 N. 12). Gerade mit Rücksicht darauf, daß es um ein Blankettstrafgesetz sich handelt, rechtfertigt sich auch der Gebrauch des indifferenten Ausdruckes „Verletzung" (§ 145 N. 3). Wenn die Wendung „einer Verletzung sich schuldig machen" (vgl. § 94 N. 4) an sich auch gleichbedeutend ist mit „verletzen" (vgl. §§ 327, 361[9]), so ist doch jedenfalls soviel dadurch klar gestellt, daß auch die Uebertr. aus Nr. 2 des § 369, wie alle strafb. Hdlgen des StGB. (Th. I Abschn. 4 N. 2), eine Schuld erfordert; daraus ergiebt sich die wichtige Folgerung, daß auch der spezielle Thatbestand des „Vorfindens unrichtiger Meßwerkzeuge" (N. e) ein schuldvolles Verhalten des Gewerbtreibenden erfordert, daß die Thatsache des Vorhandenseins solcher Meßwerkzeuge allein, die auf bloßem Zufall oder auf Chikane Dritter beruhen kann, zur Bestrafung nicht ausreicht; denn auch hier handelt es sich nach den Gesetzesworten selbst („sich einer anderen Verletzung .. schuldig machen") um eine verschuldete Verletzung der qu. polizeilichen Vorschriften; so: Weingart SächsGZ. 23 173, Rotering N. 2_1; aM.: München 3. Dez. 72 St. 2 135, Meves N. 17, Oppenh. N. 18. Da aber ein reines Polizeidelikt in Fragt steht (vgl. Binding Normen I 403 N. 22, mögliche Vorbereitungs- bzw. Gehülfenhdlg., sc. zum Betruge), so ist auch die blos fahrlässige Uebertr. strafbar (Abschn. 29 N. 2_2); so Rotering N. $2_{1,2}$; aM. v. Schwarze N. 2, insofern er zur Bestrafung Kenntniß des Inhabers von der Unrichtigkeit verlangt. Dementsprechend findet auch § 59 Anwendung, soweit nicht die etwaige Unkenntniß durch Fahrlässigkeit selbst verschuldet ist; so Rotering N. 2_1; aM. Oppenh. N. 18, der eine strafb. Handlung voraussetzende § 59 müsse folgeweise ausgeschlossen bleiben.

c) Die „Vorschriften über die Maß- u. Gewichtspolizei" beziehen sich allgemein auf „Meßwerkzeuge", welcher Ausdruck im Abs. 2 des §. gerade mit Rücksicht auf seine Allgemeinheit gewählt ist; so die Motive zur StGN. Art. I § 369, nach denen außer „Maßen, Gewichten und Waagen" namentl. in Betracht kommen: Alkoholometer und die dazu gehörigen Thermometer sowie Gasmesser.

Die bezüglichen reichsrechtlichen Normen sind insbs. die Maß- und GewichtsO. für den Norddeutschen Bund v. 17. Aug. 1868 — durch G. v. 16. Apr. 1871 § 2 zum ReichsG. erhoben und, abgesehen von den Artt. 15—20, an deren Stelle die Artt. 11 u. 12 des BayerG. v. 29. Apr. 1869 in Kraft bleiben, durch G. v. 26. Nov. 1871 als ReichsG. in Bayern eingeführt — nebst den Ergänzungsgef. v. 10. März 1870 u. v. 7. Dez. 1873 sowie dem Ab-

änderungsG. v. 11. Juli 1884. In Folge der durch § 1 dieses letzteren Gesetzes herbeigeführten Abänderungen der Artt. 1, 3, 6 u. 14 der Maß- u. GewichtsO. sind erlassen:

α. die AichO. f. d. DR. v. 27. Dez. 1884 u. die Aichgebühren-Taxe v. 28. Dez. 1884 (Beil. zu Nr. 5 des RGBl. v. 1885), unter Aufhebung der älteren AichO. nebst den Ergänzungen ꝛc. mit Ausschluß der auf Medizinalwaagen u. -Gewichte bezüglichen Bekanntmachungen v. 17. Juni 1875 (CentralblfdDR. S. 374) u. 24. Okt. 1882 (CentralblfdDR. S. 418), — beide abgeändert durch Bekanntmachungen der Kais. Normal-Aichungs-Kommission v. 4. Mai 1888 (Beil. zu Nr. 24 des RGBl.) u. v. 15. Mai 1891 (Beil. zu Nr. 16 des RGBl. S. VI f.);

β. die Bekanntmachung des RKanzlers btr. die äußersten Grenzen der im öffentl. Verkehr noch zu duldenden Abweichungen der Maße und Meßwerkzeuge, Gewichte u. Waagen von der absoluten Richtigkeit v. 27. Juli 1885, während zur Ausführung der Bestimmungen im § 2 jenes AbänderungsG. v. 11. Juli 1884 die Bekanntmachung des RKanzlers v. 30. Okt. 1884 erlassen ist.

Die von der Kais. Normal-Aichungs-Kommission auf Grund gesetzlicher Ermächtigung erlassene AichO. hat innerhalb der gesetzlichen Vorschriften sich zu bewegen; sollte das dennoch nicht der Fall sein (wie bei den §§ 89, 91 der älteren AichO.), so würde durch Befolgung der in der AichO. gegebenen Bestimmungen an sich eine Verletzung der gesetzlichen Vorschriften nicht ausgeschlossen (Berlin 21. Juni 77 O. **18** 453), allein es würde sich doch im konkreten Falle fragen, ob eine verschuldete, d. h. mindestens fahrlässige (s. o. N. b), Verletzung vorliege.

d) Was den im 1. S. der Nr. 2 hervorgehobenen speziellen Thatbestand anbetrifft, so kann nach dem Ausdrucke „vorgefunden" nicht zweifelhaft sein, daß schon der bloße Besitz unrichtiger Meßwerkzeuge mit Strafe bedroht wird (allerdings nur der schuldvolle Besitz; s. o. b), daß es dagegen auf die Verwendung solcher Werkzeuge im Gewerbebetriebe nicht ankommt; Colmar OLG. 7. Apr. 91 G. **39** 357, Oppenh. N. 16, v. Schwarze N. 2, Rotering N. 2₁, Köbner Einziehung S. 19. Das Vorfinden muß jedoch stattgefunden haben „bei dem Gewerbetreibenden", als solchem, weshalb das Vorfinden in den von den Geschäftsräumen völlig getrennten Privaträumen des Gewerbtreibenden zur Bestrafung nicht führen kann; Oppenh. N. 17. Dies will anscheinend Berlin 8. Apr. 73 O. **14** 267 in nicht glücklicher Fassung damit ausdrücken, daß das Meßwerkzeug sich „im öffentl. Verkehr befunden haben müsse"; ähnlich Meves N. 18, die Vorfindung müsse an einem Orte stattgefunden haben, aus welchem sich erkennen lasse, das Werkzeug habe sich bei dem Gewerbtreibenden im öffentl. Verkehr befunden, freilich mit dem Hinzufügen, daß die Nr. 2 nur dann unanwendbar sei, wenn die Art der Verwahrung die Möglichkeit einer Verwendung im Verkehr mit dem Publikum ausschließe.

e) Die „vorgefundenen Meßwerkzeuge" müssen eine doppelte Eigenschaft haben; sie müssen nämlich sein:

I. „zum Gebrauche in dem Gewerbe des Gewerbtreibenden geeignet"; unter dem „Gebrauche in dem Gewerbe" ist nicht schon jeder mit dem Gewerbe in irgend welcher Beziehung stehende Gebrauch eines Meßwerkzeuges zu verstehen, sondern es handelt sich darum, ob nach der Natur und dem Geschäftsgebrauche des im speziellen Falle vorliegenden Gewerbes das btr. Werkzeug „geeignet" ist, in dem mit jenem verbundenen öffentlichen Verkehre (vgl. Maß- u. GewichtsO. Art. 10) zum Zumessen ꝛc. gebraucht zu werden; Berlin 17. Mai 73 St. **2** 365, 31. Okt. 78 O. **19** 496. Uebrigens kommt es, wie Meves N. 10 richtig hervorhebt, nur auf die Eignung, nicht auf die Bestimmung an, so daß z. B. der Besitz eines nicht-gestempelten Meters in einem Engrosgeschäfte, in welchem nur per Stück unter Zugrundlegung der vom Fabrikanten angegebenen Länge u. Breite verkauft wird, dennoch strafbar erscheint; aM. jedoch das cit. Berlin 17. Mai 73;

II. entweder α. „nicht mit dem gesetzlichen Eichungsstempel versehen" oder β. „unrichtig".

Zu α) Nach der Maß- u. GewichtsO. Art. 10₁ dürfen zum Zumessen u. Zuwiegen im öffentl. Verkehr nur in Gemäßheit desselben „gestempelte" Maße, Gewichte u. Waagen

angewendet werden. Zu solchen „Maßen" gehören aber Fässer, in denen Brauer Bier an Wirthe abgeben, nicht, da diese vielmehr ihrer Natur und Bestimmung nach nur Behältnisse zur Verwahrung von Flüssigkeiten o. festen Körpern sind; dieselben bedürfen daher keiner Aichung; München 28. Sept. 72 St. 2 134. Vgl. jedoch Art. 12 der Maß- u. GewichtsO. btr. die Stempelung der Weinfässer sowie G. v. 20. Juli 1881 btr. die Bezeichnung des Raumgehaltes der Schankgefäße. Wer zur Haltung sog. Präzisionsgewichte verpflichtet ist, verfällt der Strafe, wenn bei ihm mit dem gewöhnlichen Stempel versehene Gewichte vorgefunden werden; Meves N. 15.

Zu β) „Unrichtig" (Maß- und GewichtsO. Art. 10_2) ist ein Meßwerkzeug, welches — abgesehen von den für zulässig erklärten Fehlergrenzen — dem Normalmaße bzw. -gewichte nicht genügt; Meves N. 13. Im Einzelnen erscheint „unrichtig":

1. ein Maß o. Gewicht nur dann, wenn es dasjenige, was es seiner Bezeichnung nach angeben soll, nicht richtig angiebt, nicht aber auch ein Maß, welches zwar dem Inhalte nach richtig ist, aber nicht die vorschriftsmäßige Form besitzt; so Berlin 7. Jan. 75 O. 16 33 (die Führung eines in der Form unrichtigen Maßes begründe daher auch keine Verletzung des Art. 10_2 der Maß- u. GewichtsO.; es liege darin aber auch nicht die Verletzung einer anderen Vorschrift über die Maß 2c. -Polizei; denn obschon die AichO. — jetzt z. B. § 37 derselben btr. der Gestalt der Gewichtsstücke — Vorschriften enthalte, so liege die Handhabung derselben zunächst den Aichungsbehörden ob und mache ein Gewerbtreibender der Verletzung dieser Vorschriften nur insoweit sich schuldig, als die AichO. selbst Bestimmungen enthalte, für deren Beachtung die Gewerbtreibenden verantwortlich gemacht würden, was hier nicht der Fall sei, da es lediglich um Ausführung der der Normal-Aichungskomm. im Art. 18 ertheilten Befugniß sich handele); ebenso Meves N. 12; aM. Oppenh. N. 23; ebensowenig kann ein Gewicht deshalb als „unrichtig" angesehen werden, weil es in dieser Größe im öffentl. Verkehr nicht o. nicht mehr zulässig ist, wie z. B. ein 3 Pfundstück; vgl. jedoch u. N. f_2;

2. eine „Waage", welche nur durch vorübergehend befestigte Ausgleichungsmittel, insbs. durch Behängen mit losen Gegenständen, innerhalb der Fehlergrenzen richtig wiegt; Berlin OAG. 21. März, OTr. 17. Juli 74, St. 4 76, 220; ebenso Meves N. 16, eine Waage sei nur dann richtig, wenn sie nach ihrer Konstruktion an sich und ohne willkürliche Zuthat das Gewicht zuverlässig angebe.

Die stattgehabte „Stempelung" (Aichung) berührt das selbständige Erforderniß der Richtigkeit eines Maßes oder einer Waage nicht. Nach Meves N. 13 soll sogar die zweite Alternative (β) nur dann maßgebend sein, wenn die erste nicht vorliege, somit Stempelung erfolgt sei. Richtiger ist jedoch, ev. ein Zusammentreffen beider Alternativen anzunehmen.

f) Im Falle der Nr. 2 ist auf die Einziehung der vorschriftswidrigen „Meßwerkzeuge" (s. o. c) zu erkennen. Die Einziehung ist somit ausnahmsweise (§ 40 N. 5_2) obligatorisch vorgeschrieben. Dennoch darf dieselbe nicht „selbständig" erkannt werden (§ 42 N. 3a). Streitig ist, ob die Einziehung zu erfolgen hat ohne Rücksicht auf das Eigenthum des Thäters (§ 40 N. 11); hierfür spricht der polizeiliche Charakter der Strafvorschrift in Verbindung mit der obligatorischen Androhung der Einziehung ohne gleichzeitige Statuirung einer Ausnahme; so: Celle OLG. 10. Dez. 87 G. 37 308, Meves N. 23; aM.: Oppenh. N. 26, Köbner Einziehung S. 35. Obschon aber hiernach die Einziehung lediglich als eine polizeiliche Maßnahme (Th. I Abschn. 1 N. 4d), nicht als Strafe erscheint, so darf sie dennoch nicht unterbleiben, wenn auch die „Vorschriftswidrigkeit" z. Z. der Urtheilsfällung gehoben sein sollte, da das Strafgericht bei seinem Urtheile nur die z. Z. der That vorliegenden Verhältnisse berücksichtigen kann, soweit das Gesetz nicht ausdrücklich etwas anderes gestattet; so: München OLG. 28. Jan. 87 BayerE. NF. 4 324, Meves N. 25, Oppenh. N. 26; aM. Berner S. 710 f.

Handelt es sich auch nur um eine polizeiliche Maßregel, so bildet doch eine Voraussetzung derselben immer die „Verletzung der qu. Vorschriften" seitens des Gewerbtreibenden, so daß die Einziehung auch dann entfallen muß, wenn bei erfolgter Stempelung lediglich seitens der Aichungsbehörde formelle Vorschriften verletzt sind (s. o. N. e II β 1). Anders

liegt es aber, wenn ein gegen die bestehenden Vorschriften (aus Versehen) geaichtes und richtiges Meßwerkzeug, z. B. ein 3-Pfundstück, das im öffentl. Verkehr nicht zulässig ist, dennoch im Gewerbebetriebe gebraucht wird; Berlin 8. Apr. 73 O. 14 267 (hier liege eine strafb. Verletzung der Vorschriften über die Maß- u. Gewichtspolizei vor).

Zu Nr. 3.

a) Auch hier handelt es sich, wie in Nr. 2 um ein sog. Blankettstrafgesetz (§ 145 N. 1; Binding Normen 1 163 N. 10), dessen Ausfüllung aber nicht einmal durch allgemeine landesrechtl. Normen zu geschehen hat, sondern auch durch spezielle „polizeiliche Vorschriften" (vgl. § 361_6 b) erfolgen kann, was hier noch durch den Wortausdruck „ihrer Feuerstätten" bestätigt wird; so: Berner S. 711, Meves N. 22, Rüd.-St. N. 9; aM. Oppenh. N. 28. Auch hier wird die Uebertr. mit einem indifferenten Ausdrucke „nicht befolgen" charakterisirt (§ 145 N. 3). Da es um die Uebertretung einer polizeilichen Vorschrift sich handelt, so ist auch die nur fahrlässige Nichtbefolgung strafbar; Rotering N. 3.

b) Obschon dem Gesetzgeber wesentlich der Zweck der Sicherung gegen Feuersgefahr vorgeschwebt haben wird, so sind doch die „Polizeivorschriften" nicht nach ihrem Zwecke bezeichnet („zur . . ."; vgl. § 327 N. 3), sondern vielmehr nach dem sie btr. Gegenstande („wegen . . ."); deshalb ist die Nichtbefolgung der Vorschrift auch strafbar, wenn sie einen anderen Zweck, z. B. die Vermeidung der Belästigung durch Rauch, verfolgt.

Schlußnote. Wg. Strafe, Verjährung u. Zuständigkeit vgl. Abschn. 29 N. 8—10.

§. 370.

Mit Geldstrafe bis zu einhundertfunfzig Mark oder mit Haft wird bestraft:

1) wer unbefugt ein fremdes Grundstück, einen öffentlichen oder Privatweg oder einen Grenzrain durch Abgraben oder Abpflügen verringert;
2) wer unbefugt von öffentlichen oder Privatwegen Erde, Steine oder Rasen, oder aus Grundstücken, welche einem Anderen gehören, Erde, Lehm, Sand, Grand oder Mergel gräbt, Plaggen oder Bülten haut, Rasen, Steine, Mineralien, zu deren Gewinnung es einer Verleihung, einer Konzession oder einer Erlaubniß der Behörde nicht bedarf, oder ähnliche Gegenstände wegnimmt;
3) wer von einem zum Dienststande gehörenden Unteroffizier oder Gemeinen des Heeres oder der Marine ohne die schriftliche Erlaubniß des vorgesetzten Kommandeurs Montirungs- oder Armaturstücke kauft oder zum Pfande nimmt;
4) wer unberechtigt fischt oder krebst;
5) wer Nahrungs- oder Genußmittel von unbedeutendem Werthe oder in geringer Menge zum alsbaldigen Verbrauche entwendet.

   Eine Entwendung, welche von Verwandten aufsteigender Linie gegen Verwandte absteigender Linie oder von einem Ehegatten gegen den anderen begangen worden ist, bleibt straflos;
6) wer Getreide oder andere zur Fütterung des Viehes bestimmte oder geeignete Gegenstände wider Willen des Eigenthümers wegnimmt, um dessen Vieh damit zu füttern.

In den Fällen der Nr. 5 und 6 tritt die Verfolgung nur auf Antrag ein. Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig.

PrStGB. §§ $349^{1,2,4}$, 273, $349^{3,7}$, Entw. I §§ $356^{1,2,4}$, 354^{12}, $356^{3,5}$, II §§ $366^{1,2,4}$, 292, $366^{3,5}$. Aktenst. Nr. 105, 124 II 4, 182 43 1. StB. S. 730—732, 768—770, 1175. Entw. d. StGN. Art. I § 370. Aktenst. 1875/76 Nr. 54, 145, 155 I. StB. 1875/76 S. 833—835.

Zu Nr. 1.

a) Unter Strafe gestellt ist das unbefugte „Verringern“ von fremden Grundstücken ꝛc. und zwar „durch Abgraben o. Abpflügen“. Aus diesen letzteren Worten, wie auch aus dem einen gewissen Gegensatz bildenden Thatbestand der Nr. 2 folgt, daß hier nur an eine Minderung des fremden Grundstückes ꝛc. ohne gleichzeitige Minderung der Substanz gedacht ist, d. h. es muß die abgegrabene ꝛc. Bodenfläche in ihrer seitherigen Verbindung mit dem Grund u. Boden verblieben sein; sie bleibt folglich als Theil desselben, wie zuvor, eine unbewegliche Sache; so: Oppenh. N. 1, v. Schwarze N. 1, 2, Rotering N. 1_2, auch Berner S. 711 (Minderung des Raumes). Schon deshalb kann die Strafthat nicht als eine Art des Diebst. angesehen werden, der als Objekt eine bewegliche Sache erfordert; Rotering aO.

b) Daraus, daß die Verringerung durch „Abgraben o. Abpflügen“ stattfinden muß, folgt, daß der abgegrabene ꝛc. Grundstückstheil einem anderen Grundstücke zufallen muß; daß er ein eigenes selbständiges Grundstück bleiben könne, ist durch jene Ausdrücke für ausgeschlossen zu erachten; Meves N. 2. Daraus ergiebt sich weiter hinsichtlich des Subjektes der Uebertr., daß trotz des Eingangswortes „wer“ nur der Nachbar des verringerten Grundstückes oder wenigstens eine Person, welche für ihn und in seinem Interesse handelt, Thäter sein kann; so Meves aO. Der Thäter handelt somit nicht nothwendig in der beim Diebstahl geforderten Absicht, sich das abgegrabene Stück rechtswidrig zuzueignen (Rüd.-St. N. 1); immer aber muß sie darauf gehen, das fremde Grundstück zu schmälern (Meves N. 4) und den abgegrabenen Grundstückstheil einem anderen Grundstücke zuzulegen; vgl. jedoch einerseits Berner S. 711, v. Schwarze N. 1, 2 u. Rotering N. 1_2, welche „Aneignung“ verlangen (d. h. für den Thäter), andererseits Rubo N. 3, welcher Grund u. Zweck der Verringerung für bedeutungslos erklärt.

c) Die „Aneignung“ (N. 6) kann schon deshalb als unbedingtes Erforderniß nicht angesehen werden, weil nach dem Gesetze nicht nothwendig „fremder“ (§ 242 N. 5 ff.) Grund u. Boden unmittelbares Objekt der Hdlg. zu sein braucht; aM. freilich: Dresden 2. Nov. 74 St. 5 139, Berner S. 711, Rotering N. 1_2. Das Adjektivum „fremde“ bezieht grammatikalisch sich nur auf „Grundstücke“, ebenso wie in Nr. 2 der Relativsatz „welche einem Anderen gehören“ („Grundstücke“ sind übrigens nicht identisch mit „Aeckern“, umfassen vielmehr auch städtische Grundstücke, dsgl. Flußufer; Berner S. 711, Rotering N. 1_2). „Grenzraine“ werden freilich, als meist im „gemeinschaftlichen Eigenthume“ stehend (vgl. z. B. PrALR. I 8 § 118), dem Thäter gegenüber „fremde“ i. S. des § 242 (das. N. 11) sein. Allein an „öffentlichen Wegen“ (§ 116 N. 2a) wird das Delikt auch dann begangen werden können, wenn dieselben im Privateigenthum des Thäters stehen. Giebt man dieses aber als möglich zu, so liegt auch kein Grund vor, die „Privatwege“ unbedingt nur, insofern sie „fremde“ sind, gegen Abgraben ꝛc. als geschützt anzusehen; vielmehr fällt die Verringerung eines dem Thäter gehörigen Privatweges durch Abgraben ꝛc. dann unter die Nr. 1, wenn sie „unbefugt“ war; bei der Bedeutung dieses Wortes (§ 123 N. 14) erscheint aber das Abgraben eines Privatweges auch dann „unbefugt“, wenn eine fremde Grunddienstbarkeit an demselben besteht; aM.: das cit. Dresden, Berner S. 712, Meves N. 6c, Rotering N. 1_3.

d) Die unter Strafe gestellte Hdlg. stellt bereits eine wirkliche Rechtsverletzung dar; es handelt sich deshalb nicht um ein bloßes Polizeidelikt und ist folglich, da ein anderes nicht zum Ausdruck gelangt ist, lediglich vorsätzliche Zuwiderhdlg. für strafbar zu erachten; (Th. I Abschn. 4 N. 4_2); Meves N. 4, v. Schwarze N. 1, 2, Rotering N. 1_2. Erforderlich ist deshalb namentl. das Bewußtsein von der fehlenden Befugniß.

e) Was das Verhältniß zum § 274^2 betrifft, so wird im Falle des § 370^1 über die Grenzen hinausgegangen, ohne Verrückung eines Grenzzeichens; die für die Grenzen wesentlichen Beweismittel bleiben also unberührt, während dort dem Nachbar der urkundliche Beweis für die Geltendmachung seines Besitzstandes entzogen wird; Berner S. 711, Meves N. 8. Es ist sonach § 370^1 dem § 274^2 gegenüber nicht als lex specialis aufzufassen, vielmehr ist Idealkonk (§ 73) denkbar; RG. II 29. Dez. 91 E. 22 386.

Zu Nr. 2.

a) Im Gegensatz zur Nr. 1 (das. N. a) werden hier Hdlgen erfordert, die eine Minderung der Substanz eines Grundstückes darstellen, ohne gleichzeitige Minderung des „Raumes" (Berner S. 711, Rotering N. 2); denn die unter Strafe gestellten Hdlgen sind: „Graben" von Erde &c., „Hauen" von Plaggen &c., „Wegnahme" von Rasen &c. — insofern dieselben „unbefugt" (§ 123 N. 14) geschehen — und zwar entweder „von Wegen" oder „aus Grundstücken." Der Gebrauch der verschiedenen Präpositionen findet sich schon in der mit dem StGB. völlig (auch hinsichtlich der sprachlich inkorrekten Auslassung des „oder" vor „Rasen, Steine &c. wegnimmt") übereinstimmenden Nr. 2 des Entw. I § 356 und ebenso im PrStGB. § 349² (bereits nach seiner ursprünglichen Fassung). Die Präposition „aus" bedingt nun zweifellos, daß die „Erde" &c. z. Z. der strafb. Hdlg. noch Theil des btr. Grundstücks war, sei es von Natur, sei es in Folge künstlicher Verbindung; erst durch die Hdlg. des Thäters muß sie aus demselben hervorgehoben und zu einer selbständigen beweglichen Sache geworden sein; RG. II 13. Mai 87 R. 9 313, Berlin 10. März 75 O. 16 213, Stuttgart 31. Mai 76 St. 7 220, Meves N. 11, Oppenh. N. 6, v. Schwarze N. 2, Rotering N. 2. Die Präposition „von" scheint dagegen darauf hinzudeuten, daß die Erde &c. nicht ein Theil der Wege zu sein brauchte, daß vielmehr auch die auf denselben gelagerten Erde, Steine &c. Gegenstand der Uebertr. aus Nr. 2 sein könnten. Dennoch ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber diesen Unterschied beabsichtigt habe; nicht nur daß die frühere PrPraxis denselben nicht gemacht hat (vgl.: Goltd. Mat. 2 739, Oppenh. PrStGB. § 349² N. 12), sondern es ist auch an sich nicht denkbar, daß innerlich so verschiedene Thatbestände hätten in eine Nr. zusammengefaßt werden sollen; auch hier handelt es sich also um Substanztheile eines Weges; so: cit. Stuttgart, Berner S. 712, Rubo N. 5, Rüd.-St. N. 2.

Dementsprechend wurde in der Praxis die Anwendung der Nr. 2 bejaht bei der Wegnahme von Chausseesteinen, mit denen die Straße „beschüttet" war, auch obgleich dieselben in den „Kandel" am Hause des Angekl. gerathen waren (cit. Stuttgart), dagegen verneint bei der Wegnahme von Steinen, welche „zur Herstellung o. Ausbesserung der Straße auf Haufen gestellt waren" (cit. Stuttgart), bzw. welche zwar früher Grundstückstheile gewesen waren, es z. Z. der That aber nicht mehr waren, gleichgültig, ob vom Grundstücke gesondert oder bestimmt, als Zubehör auf demselben zu bleiben, wie bei Ansammlung zu Schutzwehr o. sonstiger Verwendung o. endlich zu Verkaufszwecken, wie z. B. als Pflastersteine (citt. RG. u. Berlin).

b) Bezüglich der Frage, ob die „Wege" für den Thäter fremde sein müßten, erhebt sich hier der gleiche Streit wie bei Nr. 1 (das. N. c); auch hier ist die Frage zu verneinen, doch insofern kaum von praktischer Bedeutung, als das Graben von Erde von einem dem Thäter gehörigen Privatwege kaum jemals „unbefugt" sein wird, selbst nicht bei daran bestehender Gerechtigkeit (vgl. jedoch § 367¹²); aM. Meves N. 12. Unter keine der im Gesetze bezeichneten Kategorieen fallen die in Niemandes Privateigenthum stehenden Meeresufer, so daß die Entnahme von Sand aus denselben straflos ist, wenn nicht zum Zwecke des Uferschutzes (vgl. § 366a) ein besonderes Polizeiverbot ergangen sein sollte; Königsberg OLG. 18. Feb. 89 G. 37 222.

c) Was die einzelnen unmittelbaren Angriffsobjekte betrifft, so ist:

α. zu verstehen unter „Rasen" die mit Gras bewachsene Erdscholle; der Begriff ist also keineswegs gleichbedeutend mit „Gras"; Dresden 3. Aug. 74 St. 5 186, Meves N. 14;

β. zu den „ähnlichen Gegenständen" namentl. der ungestochene Torf zu rechnen (RG. II 27. Juni 90 E. 21 27, Berlin 16. Okt. 78 O. 19 467, Meves N. 17, Oppenh. N. 11, Ziebarth Forstr. S. 378), ferner das Eis aus Privatgewässern (Oppenh. N. 11), ja auch das Wasser aus stehenden Privatteichen. Dagegen gehören die Erzeugnisse der Vegetation, insbs. Gras, nicht dazu, da sie selbst beim Zusammenhange mit dem Grund und Boden doch nicht Substanztheile desselben sind; deren Wegnahme fällt vielmehr unter die Feldpolizeigesetze (vgl. z. B. PrFFPG. § 18); cit. Dresden, Berner S. 712, Meves N. 14, Oppenh. N. 9.

Was speziell den Dünger betrifft, so wird derselbe nur dann als Bodenbestandtheil anzusehen sein, wenn er schon bedeckt ist; so Rotering N. 2; aM. Oppenh. N. 6, 7, der schon

den ausgebreiteten Dünger als solchen ansieht, eine Ansicht, der v. Schwarze N. 1, 2 entgegen tritt. Der Koth auf den Straßen ist nicht Substanztheil der Straße; aM. Oppenh. N. 6 u. Rotering N. 2.

d) Schon die PrPraxis (vgl.: Goltd. Mat. 2 739, Oppenh. PrStGB. § 349[2] N. 7) nahm an, daß durchweg, d. h. auch da, wo nur von „graben" bzw. „hauen" gesprochen wird, die Wegnahme in der Absicht rechtswidriger Zueignung (§ 242 N. 14 ff., 26 ff.) Thatbestandserforderniß sei, daß es sich deshalb im Wesen um einen privilegirten Diebst. handele; das ist auch für das RStGB. die wohl durchweg vertretene Ansicht; so: Berlin 16. Okt. 78 O. 19 467 (das bloßes Torfgraben für nicht ausreichend erachtete), Königsberg OLG. 19. Nov. 84 G. 37 73, Hälschner 2 309, Merkel S. 320, Meves N. 9, 15, F. Meyer N. 2, Rüd.-St. N. 3, Rotering N. 2, Ziebarth Forstr. S. 373. Diese Ansicht erscheint nach dem ganzen Zusammenhange der Vorschrift (vgl. entsprechend Nr. 2 N. a) richtig, insofern überall eine „Wegnahme" erfordert wird; im übrigen liegt, trotz der Mobilisirung des Gegenstandes der Wegnahme (a), nicht unbedingt ein privilegirter Diebst. vor, weil das Objekt der Hdlg. nicht nothwendig eine „fremde" Sache zu sein braucht (b). Deshalb wird man auch nicht annehmen können, daß die Wegnahme „in der Absicht rechtswidriger Zueignung" erfolgen müsse, auch der Wortlaut spricht nicht dafür; so Rubo N. 8; anders die GM., insbs. cit. Berlin 16. Okt. 78.

e) Darüber, daß es auch hier, wie in Nr. 1, um Rechtsgüterverletzungen sich handelt, herrscht kein Zweifel; es ist deshalb auch hier nur vorsätzliche Zuwiderhdlg. strafbar; Königsberg OLG. 19. Nov. 84 G. 37 73.

Zu Nr. 3.

a) Schon das PrALR. II 20 § 1316 enthält folgende Bestimmung: „Wer von einer Militärperson brauchbare Montirungsstücke o. andere zum Kriegsdienste gehörige Sachen kauft o. sonst an sich bringt, muß, außer dem an das Regiment zu ersetzenden Schaden, den dreifachen Werth eines solchen Stücks zur Strafe entrichten." Auf Antrag des Kriegsministers wurde eine entsprechende Bestimmung in das PrStGB. § 349[4] aufgenommen (Goltd. Mat. 2 742), von wo sie in das RStGB. überging. Hiernach handelt es sich allerdings um ein der Sachhehlerei (§ 259) verwandtes Delikt (so v. Liszt S. 508), allein es wird offenbar aus dem polizeilichen Grunde der Verhütung von Veruntreuungen an militärfiskalischen „Montirungs- und Armaturstücken" jeder Ankauf von Montirungsstücken 2c. ohne „schriftliche" (§ 61 N. 26) Erlaubniß des vorgesetzten Kommandeurs verboten; deshalb wird Nr. 3 dadurch nicht unanwendbar, daß die Gegenstände dem Verkäufer eigenthümlich gehören; im Gegentheil wird sie praktisch hier ihre Hauptanwendung finden; denn bei widerrechtlicher Veräußerung fiskalischer Montirungsstücke greifen die allgemeinen Vorschriften, insbs. wegen Diebst., Unterschl. bzw. Hehlerei, Platz; daß die Gegenstände behufs Anwendung der Nr. 3 unbedingt Eigenthum der Militärperson sein müßten (so Meves N. 21), geht jedoch zu weit und wird namentl. durch den Wortlaut der landrechtlichen Vorschrift widerlegt, die jedenfalls auch dem „Regimente" gehörige Sachen als geeignete Objekte ansieht; es kann sich vielmehr sowohl um öffentl. wie um Privateigenthum handeln; Oppenh. N. 12, Puchelt N. 3, Rüd.-St. N. 4. Hiernach ist nicht eine Privatverletzung (Rotering N. 3) mit Strafe bedroht, sondern ein Polizeidelikt aufgestellt.

b) Der Ankauf 2c. muß erfolgt sein „von einem zum Dienststande gehörenden Unteroffizier o. Gemeinen des Heeres o. d. Marine", d. h. von einer solchen Person des Soldatenstandes (nicht auch der „unteren Militärbeamten"; Meves N. 20), welche den Rang eines Unteroffiziers o. Gemeinen bekleidet, einschließlich der Mitglieder des Sanitäts- u. Maschinen-Ingenieur-Korps nach Maßgabe des ihnen als Unteroffizier o. Gemeinen beigelegten Militärranges (Meves N. 20; vgl. das Verzeichniß der z. D. Heere u. z. Kais. Marine gehörenden Militärpersonen — Beil. z. MStGB. — zu A II—V), aber nur insofern sie „zum Dienststande gehört", d. h. „dem stehenden Heere (Marine)" (WehrG. § 6) angehört bzw. zum „aktiven Heere (Marine)" (RMG. § 38) zählt, also entweder noch bei der Fahne steht oder aus dem Beurlaubtenstande zum Dienste einberufen ist (§ 140 N. 3 u. § 10 N. 2 b).

c) Bei dem oben zu a hervorgehobenen Charakter des Deliktes muß nicht nur das vorsätzliche, sondern auch das fahrlässige Zuwiderhandeln als mit Strafe bedroht angesehen werden (Abschn. 29 N. 2_2); der Ankäufer ist z. B. auch dann strafbar, wenn er fahrl. Weise hinsichtlich der Eigenschaft des Verkäufers bzw. des veräußerten Gegenstandes irrte (§ 59_2); aM. Rotering N. 2 (der im übrigen ein Delikt mit „gemischter Schuld" annimmt, da Thäter der ertheilten Erlaubniß u. ihrer Tragweite sich vergewissern müsse), ferner Puchelt N. 3, insofern er Kenntniß des Käufers von der fr. Eigenschaft verlangt.

Zu Nr. 4.

a) Wegen des Thatbestandes vgl. § 296 N. 1—6. Es handelt sich hier um eine Vorsatz erfordernde (Rotering N. 4) Verletzung fremden Fischereirechts.

b) Die Einziehung der zur Begehung der Strafthat gebrauchten o. bestimmten Gegenstände ist (anscheinend in Folge eines Redaktionsversehens) nicht vorgeschrieben und deshalb, da § 40 nur auf Verbr. u. Verg. Anwendung findet, nicht statthaft; Meves N. 28. Bei Idealkonk. (§ 73) mit Zuwiderhdlgen gegen Fischereigesetze polizeil. Natur ist jedoch auf die in diesen etwa vorgeschriebene „Einziehung" zu erkennen, wenn dieselbe nicht die Natur einer Strafe hat, sondern nur eine polizeiliche Maßnahme darstellt (Th. I Abschn. 1 N. 4); denn auf solche findet das Prinzip des § 73 (das. N. 32) nicht Anwendung. Anders dagegen, wenn die Einziehung eine Strafe ist.

Zu Nr. 5.

a) Mit Strafe bedroht wird die „Entwendung" von Nahrungs- u. Genußmitteln, der sog. Mundraub. Nach der Entstehungsgeschichte der entsprechenden Vorschrift des PrStGB. § 349[3] („wer, ohne gesetzlich erschwerende Umstände des Diebstahls, Früchte 2c. entwendet"; vgl. Goltd. Mat. 2 739), welche „in der Hauptsache" (so die Motive) in das RStGB. übergegangen ist, muß angenommen werden, daß mit jenem Ausdrucke der volle Thatbestand des Diebstahls (§ 242) in subjektiver und objektiver Beziehung hat bezeichnet werden sollen; ein begrifflicher Unterschied besteht nicht (weshalb auch nicht von Idealkonk. die Rede sein kann), namentl. auch nicht hinsichtlich des Dolus, vielmehr liegt die „Eigenart der Entwendung" gegenüber dem gemeinen Diebstahlsbegriffe lediglich in der Qualität (N. c—e) bzw. in der Quantität oder in dem Werthe des Objektes (N. f) sowie in der auf alsbaldigen Verbrauch gerichteten Absicht (N. g), also in Umständen, welche mit den Thatbestandsmerkmalen des gem. Diebst. in keinem Punkte in Widerspruch stehen. So namentl.: **RG.** VStS. 7. Juli 86 E. **14** 312, III 19. März 81, I 8. Mai 82, 26. Apr. 88, II 13. Feb. 85, E. **3** 423, **6** 325, **17** 332, **12** 8, Wolfenbüttel 15. Feb. 78 St. **8** 333 sowie die ganz überwiegende M. in der Litteratur, insbs.: Berner S. 546, Hälschner **2** 310, v. Wächter S. 423, Binding Normen **1** 214 N. 10, Rotering N. 5_1. AM.: Geyer ZfStRW. **2** 303 (auch Grundr. **2** 55), gerade die auf alsbaldigen Verbrauch gerichtete Absicht unterscheide den Mundraub vom Diebst., v. Liszt S. 452 (nicht Zueignung sondern alsb. Verbr. sei der Zweck der Wegnahme), Ortloff StRZ. **11** 542, Friedländer ZfStRW. **11** 396 ff. Mit Rücksicht auf die Androhung der geringfügigen Uebertretungsstrafe erscheint deshalb die „Entwendung" als ein privilegirter Diebst. und bilden die oben angedeuteten Verhältnisse einen strafvermind. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 266, 295; **RG.** III 28. Jan. 82 E. **5** 404, 13. Juni 84 R. **6** 422, II 13. Feb. 85 (s. o.), Löwe StPO. § 262 N. 2c.

Handelt es sich aber um eine Privilegirung, so würde es widersinnig sein, die gegenüber dem Diebst. gegebene Ausnahmevorschrift nicht auch gegenüber dem — durch Wegfall des Momentes der Wegnahme — einfacheren Thatbestande der Unterschl. (§ 246) Anwendung finden zu lassen; gerade der vom Gesetzgeber gewählte allgemeine Ausdruck „Entwendung" ermöglicht dieselbe; so: Binding **1** 335, v. Wächter S. 429, Friedländer aO.; vgl. auch Berner S. 546, eine rein sprachliche Interpretation raube dem Gesetze seine Elastizität u. führe zum Widersinn. AM.: Berlin 15. März 72, Stuttgart 27. Feb. 78, St. **1** 317, **8** 334, Meves N. 35, Oppenh. N. 17, Rüd.-St. N. 11, v. Schwarze N. 5, Geyer ZfStRW. **2** 304.

Der strafvermind. Umst. greift übrigens nicht blos gegenüber dem einfachen, sondern auch gegenüber dem schweren Diebst. Platz, so daß Nr. 5 z. B. auch dann Anwendung findet, wenn die Entwendung „aus einem Gebäude mittels Einbruchs" (§ 243[2]) erfolgt;

so die GM., insbs. außer den Motiven: RG. III 19. März 81 E. 3 423, 9. Nov. 81, 28. Jan. 82, R. 3 701, 4 83, I 9. Apr. 85 R. 7 218, IV 3. Jan. 90 G. 37 437, Wolfenbüttel 15. Feb. 78 (s. o.), selbst v. Liszt S. 453, Ortloff aO. u. Friedländer aO. S. 402; aM. Binding 1 335, 528 N. 13. Vgl. übrigens u. N. i.

Dagegen kann keine Rede davon sein, daß die Nr. 5 auch Anwendung finde bei vorliegendem Thatbestande des Raubes; denn derselbe ist nach dem StGB. kein qualifizirter Diebst., sondern ein eigenthümliches Verbr. (§ 249 N. 2); so die GM.; aM. Rubo N. 17.

b) Wenn auch die Entwendung die Natur eines privilegirten Diebst. hat, so reicht doch nach den bezüglichen Spezialbestimmungen dieselbe weder aus zur Begründung eines Diebst. im wiederholten Rückfalle i. S. des § 244 (das. N. 9_2; Geyer ZfStRW. 2 303 erachtet das allerdings vom Standpunkte des herrschenden M. aus für inkonsequent), noch zur Erfüllung des Thatbestandes des § 252 (das. N. 2). Dagegen sind aus der hervorgehobenen Natur der Entwendung folgende Konsequenzen zu ziehen:

α) Mitthäterschaft (§ 47 N. 14), ist in der Weise denkbar, daß der eine Mitthäter Diebst., der andere Mundraub begeht; so RG. II 13. Feb. 85 E. 12 8; aM. Friedländer ZfStRW. 11 405.

β) Wo das Gesetz eine „diebische Absicht" erfordert, genügt auch die Absicht, einen Mundraub zu begehen; vgl. z. B. § 243[7] N. 55. Eben daraus, daß auch letzterer eine diebische Absicht voraussetzt, hat RG. III 4. Dez. 80 E. 3 165 gefolgert, der Diebstahlsthatbestand werde nicht schon dadurch ausgeschlossen, daß der Thäter in der Absicht, einen Mundraub zu begehen und in dem irrthümlichen Glauben, die entwendete Sache sei zum Verzehren auf der Stelle geeignet, einen Gegenstand, der kein Nahrungsmittel ist, wegnimmt, vielmehr müsse noch hinzukommen, daß er in dem Augenblicke der Erkenntniß denselben liegen gelassen bzw. wieder hinterlegt habe; hiergegen bemerkt jedoch Geyer ZfStRW. 2 307 nicht mit Unrecht, daß hier eine praesumtio doli aufgestellt und eine Verurtheilung wegen einer strafb. Hdlg. ausgesprochen würde, weil sich annehmen ließe, daß der Betreffende sie begangen hätte, wenn er dazu in der Lage gewesen wäre.

c) Das der Entwendung eigenthümliche Objekt sind „Nahrungs- oder Genußmittel" (vgl. NahrungsmittelG. § 1). Was darunter zu verstehen sei, ist im Gesetze nicht definirt; maßgebend ist deshalb für die Auslegung dieser gemeinverständlichen Begriffe vor Allem der gewöhnliche Sprachgebrauch; so RG. III 31. Dez. 81 E. 5 289; es erscheint deshalb ungerechtfertigt, wenn Ortloff StRZ. 11 541 in der Zusammenstellung von „Nahrungs- u. Genußmitteln" eine Beschränkung der letzteren auf „Eßwaaren u. Getränke, die als sog. Leckereien genossen werden", findet, und zwar dies um so mehr, als die Motive, auf welche Ortloff sich bezieht, ausdrücklich betonen, es erscheine angemessen, die Bestimmung des PrStGB. auf „Nahrungs- u. Genußmittel" auszudehnen, da die Beschränkung auf „Früchte, Eßwaaren u. Getränke" Fälle ausschließe, in denen dieselbe milde Beurtheilung geboten erscheine. Jedenfalls sind nur diejenigen Mittel darunter umfaßt, welche der Ernährung o. dem Genusse des menschlichen Körpers dienen (vgl. auch den Ausdruck „Mundraub"); so: RG. II 24. Feb. 80, 1. Juli 84, E. 1 223, R. 6 488, Wolfenbüttel 27. Okt. 71 St. 1 134, Oppenh. N. 18, v. Schwarze N. 5, Friedländer aO. S. 408; aM. Rubo N. 13 btr. der Nahrungsmittel. Die Art u. Weise, wie der Eigenthümer über das Produkt verfügt, nimmt demselben nicht den Charakter eines Nahrungsmittels, solange dasselbe nicht dadurch zur Ernährung des Menschen objektiv untauglich wird; cit. RG. 24. Feb. 80.

Gleichgültig ist, ob die Verwendung für den menschlichen Körper noch eine vorherige Zubereitung erfordert oder nicht (N. g).

d) Was speziell die „Genußmittel" betrifft, so herrscht jetzt fast völlige Uebereinstimmung darüber, daß es — namentl. mit Rücksicht auf das subjektive Moment „zum alsbaldigen Verbrauch" — solche Gegenstände sind, die „genossen" werden, d. h. dem menschlichen Körper durch seine Organe zugeführt und mit dem Genusse verbraucht werden, gleichgültig im übrigen, durch welchen Sinn dieses Genießen stattfindet; so insbs. München 17. Apr. 75 St. 5 187, ferner: Geyer 2 54, H. Meyer S. 674, Meves N. 30, v. Schwarze N. 5, Friedländer ZfStRW. 11 410 f., sachlich auch v. Liszt S. 452; zu weit geht dagegen

Rubo N. 14. Während ohne jene Voraussetzung es nicht hinreicht, wenn durch die Sache dem Körper nur ein Wohlbehagen o. ein angenehmer Eindruck bereitet wird (aM. nur Erörterung bei St. 1 193), erscheint alles, was durch seinen Verbrauch geeignet ist, das Gefühl des Angenehmen bei Jemand hervorzurufen, als Genußmittel (Rubo aO.), regelmäßig deshalb nicht Arzeneimittel (die jedoch v. Schwarze zu Unrecht unbedingt ausschließt). Dagegen bestimmt Rotering N. 5_2 den Begriff der „Genußmittel" im Gegensatze zu den „Nahrungsmitteln" dahin, daß unter jenen solche Gegenstände zu verstehen seien, die der Thäter genieße, ohne zu essen o. zu trinken, z. B. durch den Geruchssinn; das erscheint jedoch zu eng und der Auffassung des gewöhnlichen Lebens nicht entsprechend. Die Scheidung ist aber nicht eine so scharfe, daß nicht häufig die Subsumtion sowohl unter den einen wie unter den anderen Begriff geschehen könnte.

e) In der Praxis sind als „Nahrungs- bzw. Genußmittel" z. B.

α. erachtet: Cigarren u. Tabacke; RG. III 31. Dez. 81 E. 5 289 (aM. Ortloff StRZ. 11 541); zur Saat bestimmte, aber noch nicht untergepflügte Kartoffeln; RG. II 24. Feb. 80 E. 1 223; eßbare lebende Thiere, insbs. Fische; RG. II 1. Juli 84 R. 6 488; Gefrorenes; München 27. Apr. 84 St. 4 78;

β. nicht erachtet: Blumen; RG. III 9. Apr. 81 E. 4 72; Brennmaterial; RG. I 12. Juli 83 E. 9 46, Berlin 3. Jan. 78 O. 19 5, Dresden 9. Nov. 72, München 17., 26. Apr., 3. Dez. 75, St. 2 207, 5 187 f., 6 89.

f) Nur Nahrungs- ꝛc. Mittel von „unbedeutendem Werthe oder in geringer Menge" können den Gegenstand der Entwendung bilden; die Qualität des Objektes erhält also eine nähere Bestimmung hinsichtlich der Quantität „oder" (also alternativ, nicht kumulativ; RG. II 25. Apr. 84 E. 10 308) hinsichtlich ihres Werthes; nach den Motiven ist die Alternative der „geringeren Menge" aus dem PrStGB. reproduzirt, weil es vorkommen könne, daß der Thäter über den „Werth" derselben sich irre und ihn keinesfalls für so bedeutend erachte, als er wirklich sei. Die Frage, ob die eine, oder die andere dieser Beschränkungen vorliege, ist wesentlich thatsächlich zu entscheiden, obschon nicht unbedingt, wie RG. III 21. Sept. 81 R. 3 516, München 27. Apr. 74 St. 4 78 annehmen; denn es ist Geyer ZfStRW. 2 308 f. in seinen gegen jene Entscheidung des RG. gerichteten Ausführungen zuzugeben, daß bei der Subsumtion des festgestellten thatsächlichen Momentes unter das Gesetz, trotz des dem Richter durch die Unbestimmtheit der Ausdrücke gewährten Spielraumes für sein freies Ermessen, in erkennbarer Weise ein Rechtsirrthum unterlaufen kann, wenn „jene fließende Grenzlinie in augenfälliger Weise überschritten ist"; vgl. auch Rotering N. 57. So ist insbesondere zu beachten, daß der Werth bzw. die Menge objektiv und nicht etwa nach dem Bedarfe und der Anzahl der an dem Verbrauche theilnehmenden Personen ein unbedeutender bzw. eine geringe sein muß; RG. II 26. Feb. 86 E. 13 371. Daraus folgt, daß bei gemeinschaftlicher Ausführung durch Mehrere für die Unterordnung der That unter Nr. 5 der ganze Betrag des Entwendeten zu Grunde zu legen ist (vgl. § 47 N. 32); RG. I 10. Mai 83 E. 8 406, II 13. Juni 84 R. 6 422, H. Meyer S. 674 N. 77, Oppenh. N. 20, Rotering N. 5_8, Friedländer ZfStRW. 11 412. Dasselbe muß gelten, sobald durch eine fortgesetzte strafb. Hdlg. (§ 73 N. 6 ff., insbs. 9) Nahrungsmittel entwendet werden, mögen auch durch die einzelnen Akte der Hdlg. jedesmal nur Nahrungsmittel von unbedeutendem Werthe o. in geringer Menge genommen sein; so RG. I 26. Apr. 88 R. 10 333; aM.: Wolfenbüttel 15. Feb. 78 St. 8 333, v. Liszt S. 453 N. 5, v. Schwarze N. 5, Friedländer aO. S. 412; vgl. auch Oppenh. N. 22. Bei wiederholten selbständigen Entwendungen (§ 74) ist dagegen der Gesammtbetrag bzw. -werth einflußlos.

In der Praxis sind jene Beschränkungen z. B. für vorliegend erachtet: bei einer Quantität von 15 Fl. Wein, bei der sowohl eine geringe Menge, als auch ein unbedeutender Werth angenommen wurde (vgl. das o. cit. RG. III 21. Sept. 81), ferner bei einer Quantiät von 46 Heringen, da sie von „unbedeutendem Werthe" seien (cit. RG. II 25. Apr. 84).

g) In subjektiver Bezeichnung kennzeichnet die auf den „alsbaldigen Verbrauch" gerichtete Absicht die Entwendung gegenüber dem gem. Diebst. Da im Gesetze nur die Rede

ist vom „alsbaldigen Verbrauche", nicht von einem sofortigen o. unmittelbaren bzw. „auf der Stelle" (vgl. § 199 N. 4) erfolgenden, so ist die erforderliche Absicht keinesfalls schon deshalb zu verneinen, weil der Verbrauch nicht am Orte der That, sondern etwa erst zu Hause und namentl. nach der nothwendigen Zubereitung erfolgen sollte; so im wesentlichen übereinstimmend: RG. II 24. Feb. 80, 25. Apr., 13. Juni, 1. Juli 84, III 15. Okt. 85, E. 1 223, 10 308, R. 6 422, 488, 7 582, München 3. Juni 73, 27. Apr., 27. Aug. 74, Dresden 1. März 75, St. 2 379, 4 78, 221, 6 88, v. Liszt S. 452, H. Meyer S. 674 N. 78, F. Meyer N. 5, Oppenh. N. 18, 19, Rüd.-St. N. 7, Rotering N. 5_4, Friedländer ZfStRW. II 415; aM. Meves N. 29, der sofortigen Genießbarkeit dürfe ein Hinderniß nicht im Wege stehen; ferner v. Schwarze N. 5, der eine Ausnahme von dem Erfordernisse der Genießbarkeit ohne vorherige Zubereitung nur dann zuläßt, wenn letztere mit der Entwendung unmittelbar nach Ort und Zeit zusammenhängt u. daher gleichsam Eine Hdlg. bildet. Entscheidend ist, daß der Wille des Thäters nur auf Befriedigung eines augenblicklich vorhandenen Bedürfnisses o. Gelüstes gerichtet ist, so daß die Absicht des alsbaldigen Verbrauchs gerade bei der durch das Bedürfniß (besonders den Hunger) bzw. das Gelüste hevorgerufenen That selbst obwalten muß, während es gleichgültig ist, ob die Absicht später zur Realisation gelangte, insbs. wegen Größe der Quantität der Verbrauch in einer Mahlzeit nicht erfolgen konnte; so: citt. RG. 25. Apr., 13. Juni 84, 15. Okt. 85, Dresden 1. März 75, Oppenh. N. 19, v. Schwarze N. 5; vgl. dagegen Friedländer aO. S. 417.

Ausgeschlossen ist aber die Nr. 5 bei einer auf Veräußerung, namentl. Verkauf o. Schenkung, gerichteten Absicht, weil hier das etwa existirende Bedürfniß nicht die entwendeten Objekte selbst betraf, sowie ferner bei einer auf Ansammeln eines Vorrathes gehenden Absicht, weil hier ein künftiges Bedürfniß ins Auge gefaßt wird (was namentl. daraus erkennbar werden kann, daß der Thäter mehr nahm, als zur Befriedigung seines augenblicklichen Bedürfnisses erforderlich); so citt. RG. 24. Feb. 80, 25. Apr., 13. Juni 84, ferner Meves N. 31, der nicht mit Unrecht das cit. München 27. Aug. 84 als zu weit gehend tadelt in der Annahme jenes subjektiven Momentes bei einer Entwendung von Mehl „zum Verbrauche binnen wenigen Tagen" — also auf Vorrath.

Andererseits aber steht, da lediglich Motiv u. Zweck der Entwendung entscheidend ist, der Anwendung der Nr. 5 nicht entgegen, wenn, unter der Voraussetzung des Zweckes der Befriedigung eines augenblicklichen persönlichen Bedürfnisses o. Gelüstes, der Thäter zugleich Anderen, wie namentl. — aber nicht nothwendig ausschließlich — seiner Familie, seinen Hausgenossen o. den Theilnehmern an der That den bloßen Mitgenuß (§ 259 N. 13c) des Entwendeten gestatten bzw. verschaffen, also nicht etwa ein eigenes Verfügungsrecht zufolge Verkaufs o. Verschenkens einräumen will; so: RG. II 26. Feb. 86 E. 13 371 (vgl. auch II 13. Feb. 85 R. 7 102), citt. München 27. Apr. 74, Dresden 1. März 75, v. Liszt S. 452, H. Meyer S. 674 N. 78, Meves N. 32, Rüd.-St. N. 8, v. Schwarze N. 5, Friedländer aO. S. 416, auch Hälschner 2 310 N. 3, jedoch mit der richtigen Einschränkung, daß nicht die Absicht, ein dem Verbrauche Vieler dienendes Quantum zu entwenden, vorliegen dürfe, ferner Rotering N. 5_6 mit der Restriktion, daß „allemal auch das Mitgefühl mit der Noth des Anderen das ausschließliche Motiv sein" müsse; aM. Oppenh. N. 19, aus dem Grunde der Gesetzesvorschrift ergebe sich, daß jene Worte nur auf den eigenen Gebrauch des Thäters, des Anstifters bzw. des Hausstandes zu beziehen seien.

Bei der Feststellung, ob eine Entwendung zum alsbaldigen Verbrauche vorliege, ist der Richter nicht auf den Einzelfall beschränkt, sondern er kann auch andere, gleichzeitige o. gleichartige, Fälle mit in Betracht ziehen; RG. II 25. Sept. 83 R. 5 545. Nur als Beweismoment für die fragliche Feststellung, nicht aber als Thatbestandsmoment, kann der bloße Glaube auf Seiten des Mitthäters bzw. Anstifters an einen solchen Verbrauch durch den anderen Mitthäter bzw. den Thäter bei gleichzeitiger Unterstellung der Möglichkeit einer anderweitigen Verwendung in Betracht kommen, da der alsbaldige Verbrauch vom Thäter bezweckt sein muß, jede Zweckbestimmung aber nothwendig eine bewußte ist; cit. RG. 13. Feb. 85.

ha) Was das Verhältniß zum Diebstahl überhaupt betrifft, so kann, wenn die Thatbestandsmerkmale eines solchen vorliegen, Nr. 5 nur dann Anwendung finden, wenn

der den privilegirten Thatbestand der Entwendung bedingende strafvermind. Umst. (N. a) positiv festgestellt ist; Wolfenbüttel 15. Feb. 78 St. 8 333. Zur Annahme desselben bedarf es aber nicht der gesetzlichen Mehrheit der Stimmen, vielmehr kommt er dem Angekl. schon dann zu Statten, wenn nicht die für Bejahung der Schuldfrage erforderliche Stimmenmehrheit (in der Strafkammer also mindestens 4 Richter) das Vorhandensein des strafvermind. Umst. verneint (vgl. § 242 N. 36a); RG. III 28. Jan. 82 E. 5 404. Die Feststllg. des strafvermind. Umst. muß übrigens nicht nur die Entscheidung der Beweisfrage, sondern auch die Subsumtion der konkreten Thatsachen unter das Strafgesetz enthalten, deshalb insoweit, als bei dieser Subsumtion auch rechtliche Bedenken obwalten können, auch die Rechtsgründe darlegen, von denen das Gericht bei seiner Entscheidung ausgegangen ist, da anderenfalls das gesetzliche Gebot der Beifügung von Urtheilsgründen seinen Zweck nicht erfüllen würde; RG. II 13. Juni. 84 R. 6 422.

β) Ueber das Verhältniß der Entwendung speziell zum schweren Diebst. vgl. außer der allg. Bemerkung o. N. a_3 mit Rücksicht auf die konkrete Gestaltung im Einzelfalle § 243 N. 25_4, 61_2 sowie Friedländer ZfStRW. II 403 ff.

γ) Soweit Forst- u. FeldpolizeiGes. (vgl. z. B. PrFFPG. § 18_2) einen Thatbestand enthalten, der an sich auch unter Nr. 5 fällt, gehen jene in Gemäßheit des EG. § 2_2 (das. N. 10b) — wie den Strafbestimmungen über den Diebst. (§ 242 N. 36b) — so auch denen über Entwendung vor; Oppenh. N. 25, Herbst G. 30 364, Rotering PrFFPG. (Berlin 1887) § 18 N. 7_2. Letzterer bemerkt deshalb für das Preuß. Recht zutreffend, daß bei der Entwendung von Früchten (sc. wenn nicht FDG. Anwendung findet) der Thatbestand zuerst nach dem PrFFPG. § 18, dann nach § 370^5, endlich nach §§ 242 ff. zu prüfen sei.

i) Realkonk. (§ 74) mit dem Verg. der Sachbschdgg. (§ 303) u. des Hausfriedensbr. (§ 123) liegt vor, wenn der Mundraub mittels Einbruchs und widerrechtlichen Eindringens in eine fremde Behausung ausgeführt wird; RG. II 29. Mai 88 R. 10 418.

Zu Nr. 6.

a) Nach den Ausführungen über die „Absicht rechtswidriger Zueignung" beim Diebstahl, insbs. in N. 28 zum § 242, erscheint der Thatbestand der Nr. 6 (des sog. Futterdiebstahls) nicht als Diebstahl, eben weil die Zueignungsabsicht fehlt; so: Berner S. 713, v. Liszt S. 453, v. Kirchmann N. 6, Meves N. 41, Oppenh. N. 29, Rüd.-St. N. 21, v. Schwarze N. 6, Rotering GS. 36 530, Ziebarth Forstr. S. 371, auch Merkel HH. 3 652 N. 11 (nach dem positiven Reichsrecht, während richtiger die fehlende Bereicherungsabsicht — § 242 N. 35_2 — der Grund der Ausscheidung aus dem Diebstahlsbegriffe sei); ferner Hälschner 2 302, jedoch aus dem Grunde der mangelnden Vermögensbeschdgg. (§ 242 N. 35_3); aM. Binding Normen 1 214 N. 10 u. Ullmann Dolus b. Diebst. (Mannheim 1870) S. 80. Demnach kann nicht zweifelhaft sein, daß es um ein Verletzungsdelikt sich handelt, das am richtigsten mit Rotering N. 6 als „privilegirte Sachbeschdgg." (§ 303) zu bezeichnen sein wird; aM. jedoch Meves N. 41, es handele sich um einen Ungehorsam gg. den Willen des Eigenthümers, der aus kriminalpolit. Erwägungen für strafbar erklärt worden. Demnach ist nur die vorsätzliche Zuwiderhdlg. (Th. I Abschn. 4 N. 4_2) strafbar, so daß die Wegnahme erfolgen muß in Kenntniß des entgegenstehenden Willens des Eigenthümers; so: Rubo N. 22, Rotering N. 6; aM. Binding 1 716 und Meves N. 44 (s. jedoch o. das Citat aus N. 41), es werde mit „wider Willen" nur der Mangel der erforderlichen Einwilligung bezeichnet; vgl. jedoch einerseits § 269, andererseits § 220_1. Wenn übrigens die Wegnahme geschehen muß, „wider Willen des Eigenthümers" (worunter auch der gutgläubige Besitzer zu verstehen bzw. der legitimirte Vertreter beider) „um dessen Vieh" damit zu füttern, so ist damit unbedingte Personenidentität erfordert, so daß die Nr. 6 nicht anwendbar ist, wenn z. B. dem Pächter Getreide genommen wird, um damit das Vieh des Verpächters zu füttern; Meves N. 43, Oppenh. N. 33. „Vieh" bezeichnet übrigens jede Art Vieh, einschließlich namentl. des Federviehs; Meves N. 48, Oppenh. N. 31.

b) Thäter kann ein Jeder („Wer") sein, nicht nur eine Person im Dienste des Eigenthümers; Berner S. 713, Meves N. 42, Oppenh. N. 30, Rotering N. 6. In der von ihm verfolgten Absicht („um ... zu") liegt das charakteristische Merkmal des Deliktes, während

das Motiv, der verfolgte Endzweck, an sich gleichgültig ist; Nr. 6 findet daher namentl. auch bei selbstsüchtigen Motiven (z. B. dem der Eitelkeit) Anwendung; Meves N. 46, Rotering N. 6. Hiernach kommt es nicht darauf an, ob die Verfütterung an das Vieh des Eigenthümers demnächst auch wirklich erfolgt ist; Berner S. 713, Meves N. 47, Oppenh. N. 32, Rüd.-St. N. 21. Aendert der Thäter nach vollführter „Wegnahme" (§ 242 N. 21—25) seine Absicht und eignet er nunmehr die Gegenstände sich rechtswidrig an, so liegt Unterschl. (§ 246) vor; Diebst. (§ 242) erscheint wegen bereits vollzogener Wegnahme ausgeschlossen; aM. in letzterer Beziehung Meves N. 47, falls die Gegenstände noch in dem erweiterten Besitze des Eigenthümers sich befänden; mit Recht bemerkt aber dieser, daß die Angabe des Thäters, bei der Wegnahme die in Nr. 6 bezeichnete Absicht gehabt und dieselbe erst nachträglich geändert zu haben, der Regel nach als Ausrede anzusehen sein wird, so daß trotzdem in solchem Falle meist Bestrafung wegen Diebst. zu erfolgen hat. Dagegen ist es nicht Diebst. des Futters, wie Rotering N. 6 annimmt, sondern vielmehr Betrug (§ 263), wenn der Thäter zwar das Getreide des Eigenthümers verfüttert, dagegen vorgiebt, eigenes (gekauftes) Futter verfüttert zu haben, und solches sich bezahlen läßt. Ebensowenig liegt Diebst. des Futters vor, sondern Unterschl. des Geldes, wenn der Kutscher, der vom Dienstherrn Geld erhalten hat, um damit während der Reise die Futterkosten zu bestreiten, die Pferde mit dem dem Dienstherrn weggenommenen Getreide füttert; Merkel HH. 3 652 N. 11.

Zu Absatz 2.

a) Wegen des in den Fällen der Nr. 5 u. 6 erforderlichen Strafantrages vgl. Abschn. 29 N. 6_3 sowie die §§ 61 ff. Antragsberechtigter ist im Falle der Nr. 6 lediglich der „Eigenthümer" bzw. bonae fidei possessor (s. das. N. a sowie § 363 N. 13a), im Falle der Nr. 5 sowohl der „Eigenthümer" als auch der „Inhaber"; vgl. dieserhalb § 247 N. 3a, insbs. die das. citt. RG. 11. Nov. 86 u. 23. Sept. 89, beide btr. der Frage der Antragsberechtigung in dem Falle einer an einem Gegenstande der Beförderung auf einem Eisenbahnzuge begangenen Entwendung; aM. btr. Nr. 5 Friedländer ZfStRW. II 417, nur der Eigenthümer.

b) Die Zurücknahme des Antrages, auf welche übrigens § 64 (das. N. 1a) Anwendung findet, ist unbedingt statthaft.

Schlußnoten.

a) Wegen der Strafe vgl. Abschn. 29 N. 8. Wegen eintretender Straflosigkeit im Falle der Nr. 5 Unterabs. vgl. § 247_2 (N. 13); streitig ist, da eine dem § 247_3 entsprechende Vorschrift hier nicht wiederholt ist, ob Theilnehmer und Begünstiger, welche nicht in dem bezeichneten Verhältnisse zum Diebe stehen, straflos bleiben. Bezüglich der „Begünstiger" ist die Frage zweifellos zu verneinen (vgl. § 257 N. 32); aM. Puchelt N. 5; dsgl. bezüglich der fremden Mitthäter (§ 47), weil nach dem Wortlaute des Gesetzes nur die von einer der bezeichneten Personen begangenen Entwendung „straflos" bleibt; weil aber das Delikt selbst, die „Entwendung", straflos bleibt, so würde der „Anstifter" nur kraft besonderer Bestimmung strafbar sein können (§ 247 N. 14_2) und ist deshalb Mangels einer solchen auch der fremde Anstifter straflos; aM. einerseits Puchelt N. 5, welcher „dritte Theilnehmer" (also auch Mitthäter) überhaupt für straflos erachtet, andererseits Oppenh. N. 4 u. Rüd.-St. N. 15, die fremde Anstifter mit Rücksicht auf § 50, sowie Friedländer ZfStRW. II 407, der sie aus allg. Gründen für strafbar hält.

b) Wegen Verjährung und Zuständigkeit vgl. Abschn. 29 N. 9 u. 10.

Der dem, im RGBl. publizirten, Texte des StGB. beigefügte „Inhalt" ist oben S. VII f. unter Nr. XI in die Inhaltsübersicht aufgenommen worden.

Sachregister.

(Eine römische Zahl i. V. mit einer arabischen bezeichnet Theil und Abschnitt des StGB., im übrigen beziehen die Zahlen, soweit nicht ein Anderes angegeben, sich auf die Paragraphen des StGB. bzw. auf die Paragraphen oder Artikel der bezeichneten Gesetze.)

A.

J.

K.

N.

P.

T.

U.

V.

Z.

Wilhelm Gronau's Buchdruckerei, Berlin W.

Ergänzungen

zur

Vierten Auflage des Kommentars

zum

Strafgesetzbuch

für das Deutsche Reich

von

Dr. Justus Olshausen,
Reichsgerichtsrath.



Berlin, 1894.
Verlag von Franz Vahlen.
W. 8. Mohrenstraße 13/14.



Ia.

Gesetz,

betreffend die Abänderung des §. 69 des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich.

Vom 26. März 1893.

(RGBl. S. 188, in der zu Berlin den 29. März 1893 ausgegebenen Nr. 10.)

Wir **Wilhelm**, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen ꝛc.

verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesraths und des Reichstags, was folgt:

Einziger Paragraph.

Der §. 69 des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich wird durch nachstehende Bestimmung ersetzt:

(Folgt der §. 69 in der neuen Fassung.)

Ib.

Zu Seite 333 bis 335 des Kommentars.

§. 69.

Die Verjährung ruht während der Zeit, in welcher auf Grund gesetzlicher Vorschrift die Strafverfolgung nicht begonnen oder nicht fortgesetzt werden kann. Ist der Beginn oder die Fortsetzung eines Strafverfahrens von einer Vorfrage abhängig, deren Entscheidung in einem andern Verfahren erfolgen muß, so ruht die Verjährung bis zu dessen Beendigung.

Ist zur Strafverfolgung ein Antrag oder eine Ermächtigung nach dem Strafgesetz erforderlich, so wird der Lauf der Verjährung durch den Mangel des Antrages oder der Ermächtigung nicht gehindert.

PrStGB. (fehlt). Entw. I (fehlt), II § 67. StB. S. 238 ff.
Entw. d. G. v. 26. März 1893. Drucks. II S. 1892/93 Nr. 67 (berichtigt), 108.
StB. II S. 1892/93 S. 677 ff., 937 ff., 1259 f.

1 a) Dieser §. handelt von dem sog. „Ruhen“ der Verjhrg. Es ist jedoch zu bemerken, daß, falls ein solches Ruhen den Beginn der Verjhrg. hindert, rechtlich die Sache auf dasselbe hinausläuft, als wenn der Beginn der Verjährungsfrist ausnahmsweise gegen die Regel des § 67_4 anderweitig bestimmt worden wäre, wie solches z. B. im § 100_2 SeemannsO. geschehen ist (§ 298 N. 6). Die Eigenthümlichkeit ꝛc. (wie die frühere N. 1 von Zeile 2 oben auf S. 334 ab).

b) Während § 69 in seiner früheren Fassung lediglich den S. 2 des Abs. 1 enthielt und ein Ruhen der Verjhrg. nur nach Maßgabe dieser Bestimmung stattfand, hat dieses Institut zuf. der Fassung des §. auf Grund des G. vom 26. März 1893 eine bedeutende Ausdehnung erfahren; denn nunmehr ruht — von der Ausnahme des Abs. 2 (N. 9) abgesehen — nach dem im S. 1 des Abs. 1 vorangestellten allgemeinen Grundsatze die Verjhrg. stets in der Zeit, in welcher überhaupt „auf Grund gesetzlicher Vorschrift" die Strafverfolgung nicht begonnen oder fortgesetzt werden kann. Den Gegensatz hierzu bilden lediglich thatsächliche Hindernisse der Strafverfolgung, wie namentl. Flucht o. Geisteskrankheit des Beschuldigten. S. 2 des Abs. 1 (N. 6—8) aber betrifft lediglich einen Spezialfall des im S. 1 aufgestellten Grundsatzes (vgl. Abg. Rintelen StB. II S. 1892/93 S. 1259 f.).

c) Abweichend vom früheren Rechtszustande findet h. z. T. zuf. des allg. Grundsatzes des Abs. 1 S. 1 ein Ruhen der Verjhrg. insbs. auch statt, wenn die Strafverfolgung ausgeschlossen ist:

α. gg. Mitglieder der gesetzgebenden Versammlungen nach RV. Art. 31 o. landesgesetzlich gemäß EGzStPO. § 6[1] (vgl. § 11 N. 7);

β. gg. zu Uebungen einberufene Personen des Beurlaubtenstandes zuf. der Militärstrafprozeßgesetze, wie z. B. PrMStGO. § 13;

γ. zuf. eines nach der Landesgesetzgebung (EGzStPO. § 6[3]) vorhergehenden Verfahrens der Verwaltungsbehörden.

Gerade der Umstand, daß nach der Auslegung, welche die frühere Fassung des § 69 durch RG. IV 24. Juni 92 E. **23** 184 erfahren hatte, für den Fall zu α ein Ruhen der Verjhrg. für ausgeschlossen erachtet worden war, veranlaßte die Aenderung des § 69.

Zu Abs. 1 Satz 2. N. 2—8.

2) Satz 2 des Abs. 1 setzt 2c. (wie früher Abs. 1 der N. 2).

Es handelt sich aber nur um solche Vorfragen, „deren Entscheidung in einem anderen Verfahren erfolgen muß"; deshalb bedingt die Nichterledigung einer prozessualischen Vorfrage kein Ruhen der Verjährg., was mit Rücksicht auf den jetzigen S. 1 des Abs. 1 (s. o. N. 1a) nunmehr im Abs. 2 ausdrücklich ausgesprochen ist.

Zu Abs. 2 N. 9.

9) Während aus der früheren Fassung des § 69 ohne Weiteres sich ergab (N. 2_2), daß ein Ruhen der Verjhrg. wg. Mangels des erforderlichen Strafantrages (§ 61) o. der nöthigen Ermächtigung (§ 99) nicht eintrete, bedingte S. 1 des Abs. 1 der jetzigen Fassung den ausdrücklichen Ausspruch des Abs. 2. An dem bisher geltenden Rechte ist folglich insoweit nichts geändert.

IIa.

Gesetz

gegen den Verrath militärischer Geheimnisse.

Vom 3. Juli 1893.

(RGBl. S. 205—208, in der zu Berlin den 14. Juli 1893 ausgegebenen Nr. 27.)

Wir **Wilhelm**, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen 2c.

verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesraths und des Reichstags, was folgt:

§. 11.

Die §§. 89, 90 des Strafgesetzbuchs erhalten folgende Fassung:

(Folgen die §§. 89, 90 in der neuen Fassung.)

IIb.

Zu Seite 396 bis 398 des Kommentars.

§. 89.

Ein Deutscher, welcher vorsätzlich während eines gegen das Deutsche Reich ausgebrochenen Krieges einer feindlichen Macht Vorschub leistet oder der Kriegsmacht des Deutschen Reichs oder der Bundesgenossen desselben Nachtheil zufügt, wird wegen Landesverraths mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft bis zu zehn Jahren ein.

Neben der Festungshaft kann auf Verlust der bekleideten öffentlichen Aemter, sowie der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte erkannt werden.

PrStGB. § 69 Abs. 1. Entw. I § 76 Abs. 1, II § 87. StB. S. 364, 1167.
Entw. d. G. gg. d. Verrath milit. Geh. v. 3. Juli 1893 § 12. Drucks. II S. 1892/93 Nr. 68, 171.
Vgl. §§ 90, 91, 93.

1) Beim Mischthatbestande des § 89 (vgl. übrigens §§ 87 N. 1—3, 88 N. 2) wird erfordert, daß der Thäter:

a. entweder einer feindlichen Macht Vorschub leiste,

b. oder der Kriegsmacht des DR. oder der Bundesgenossen desselben Nachtheil zufüge.

Unter der „feindlichen Macht" ist keineswegs blos die „Kriegsmacht" — so jetzt zuf. redaktioneller Aenderung auf Grund des G. v. 3. Juli 1893 in der zweiten Alternative statt des Ausdruckes „Truppen" — des Feindes zu verstehen. Eine weitere, durch den Wortlaut nicht ausgeschlossene Auslegung erscheint um so mehr geboten, als einerseits viele dem Feinde Vorschub leistende Hdlgen sich denken lassen, die nicht gerade seiner Kriegsmacht zu Gute kommen, andererseits aber die Entstehungsgeschichte des gleichfalls den Ausdruck „feindliche Macht" gebrauchenden PrStGB. § 69 ebenfalls gegen eine restriktive Interpretation spricht (Goltd. Mat. 2 62). Namentl. 2c. (wie die frühere N. 1).

§. 90.

Lebenslängliche Zuchthausstrafe tritt im Falle des §. 89 ein, wenn der Thäter

1. Festungen, Pässe, besetzte Plätze oder andere Vertheidigungsposten, imgleichen Theile oder Angehörige der deutschen oder einer verbündeten Kriegsmacht in feindliche Gewalt bringt;
2. Festungswerke, Schiffe oder Fahrzeuge der Kriegsmarine, öffentliche Gelder, Vorräthe von Waffen, Schießbedarf oder anderen Kriegsbedürfnissen, sowie Brücken, Eisenbahnen, Telegraphen und Transportmittel in feindliche Gewalt bringt oder zum Vortheile des Feindes zerstört oder unbrauchbar macht;
3. dem Feinde Mannschaften zuführt oder Angehörige der deutschen oder einer verbündeten Kriegsmacht verleitet, zum Feinde überzugehen;
4. Operationspläne oder Pläne von Festungen oder festen Stellungen dem Feinde mittheilt;
5. dem Feinde als Spion dient oder feindliche Spione aufnimmt, verbirgt oder ihnen Beistand leistet, oder
6. einen Aufstand unter Angehörigen der deutschen oder einer verbündeten Kriegsmacht erregt.

In minder schweren Fällen kann auf Zuchthaus nicht unter zehn Jahren erkannt werden.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft nicht unter fünf Jahren ein.

Neben der Festungshaft kann auf Verlust der bekleideten öffentlichen Aemter, sowie der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte erkannt werden.

PrStGB. § 69 Abs. 2. Entw. I § 76 Abs. 2, II § 88. StB. S. 365—368, 1167 f. Entw. d. G. gg. d. Verrath milit. Geh. v. 3. Juli 1893 § 12. Drucks. II S. 1892/93 Nr. 63, 171.
Vgl. §§ 91, 93 sowie EG. § 4 u. MStGB. § 58 [1].

1) (Am Schlusse der N. 1 ist hinzuzufügen:) Auf Grund des G. v. 3. Juli 1893 erhielt der Eingang des §. die Fassung: „lebenslängl. Zuchthausstr. tritt im Falle des § 89 ein, wenn der Thäter." Auch die übrigen durch jenes G. herbeigeführten Abänderungen (in den Nr. 1, 2, 3, 6) sind im wesentlichen nur redaktioneller Natur, jedoch wurde, was die Nr. 2 betrifft, eine Ausdehnung des Schutzes auf „Telegraphen und Transportmittel" bezweckt, der Wichtigkeit dieser Gegenstände für die moderne Kriegsführung entsprechend (so die Motive). Es haben aber ferner durch Einschaltung des Abs. 2 in der Strafandrohung „minder schwere Fälle" Berücksichtigung gefunden, veranlaßt durch die Absicht des Entw., die Annahme mild. Umst. auszuschließen.

2) Aus der jetzigen Fassung des Einganges ergiebt sich klar, was früher bereits aus der Entstehungsgeschichte zu folgern war, daß § 90 nur einen straferhöh. Umst. im Verhältniß zum § 89 darstellt.

(Abs. 2, wie früher.)

3) Im Einzelnen ist zu bemerken:

a. Zu Nr. 2. „Schiffe oder Fahrzeuge der Kriegsmarine" schließt an die in der Kriegsmarine übliche Eintheilung der Schiffe i. w. S. sich an (vgl. dagegen Meves StRZ. **13** 417); „sowie Brücken ... und Transportmittel" müßte richtiger heißen „oder Brücken ... oder Transportmittel" — ein aus der früheren Fassung des §. stammender, auch jetzt wiederholter Redaktionsfehler. Unter „Eisenbahnen" sind 2c. (wie früher in N. b).

b) Zu Nr. 3 (Hier ist der erste Satz der früheren N. c zu streichen, alsdann folgt der Rest der früheren N. c).

c) Zu Nr. 5 (folgt der unveränderte Inhalt der früheren N. d).

5a) Für die Bestrafung des vollendeten Verbr. gilt Folgendes:

Die ordentliche Hauptstrafe ist lebenslängl. Zuchth. (§ 14_1) und jetzt zuf. G. v. 3. Juli 1893 (o. N. 1) „in minder schweren Fällen" (vgl. darüber § 94 N. 7) auch zeitige Zuchthausstr. von 10 bis 15 J.; ausnahmsweise ist nach EG. § 4 (das. N. 3, 4) Todesstr. (§ 13 N. 1) zu verhängen.

(Der Schluß der N. bleibt unverändert).

IIIa.

Gesetz,

betreffend Ergänzung der Bestimmungen über den Wucher.

Vom 19. Juni 1893.

(RGBl. S. 197—199, in der zu Berlin den 24. Juni 1893 ausgegebenen Nr. 24.)

Wir **Wilhelm**, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser,
König von Preußen 2c.

verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesraths und des Reichstags, was folgt:

Artikel I.

In dem Strafgesetzbuch werden die §§. 302a und 302d folgendermaßen abgeändert, und werden hinter dem §. 302d folgender §. 302e und in dem §. 367 hinter Nr. 15 folgende Nr. 16 eingestellt:

(Folgt die Fassung der §§ 302a, 302d, 302e sowie der Nr. 16 des § 367.)

IIIb.

Zu Seite 1146 bis 1154 des Kommentars.

§. 302a.

Wer unter Ausbeutung der Nothlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Anderen mit Bezug auf ein Darlehn oder auf die Stundung einer Geldforderung oder auf ein anderes zweiseitiges Rechtsgeschäft, welches denselben wirthschaftlichen Zwecken dienen soll, sich oder einem Dritten Vermögensvortheile versprechen oder gewähren läßt, welche den üblichen Zinsfuß dergestalt überschreiten, daß nach den Umständen des Falles die Vermögensvortheile in auffälligem Mißverhältnisse zu der Leistung stehen, wird wegen Wuchers mit Gefängniß bis zu sechs Monaten und zugleich mit Geldstrafe bis zu dreitausend Mark bestraft. Auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

PrStGB. § 263. Entw. I, II (fehlt). Entw. des WucherG. Art. 1 § 302e. StB. 1880 Bd. III Aktenst. Nr. 58. StB. 1880 S. 827—838. Entw. d. WuchergänzungsG. v. 19. Juni 1893 Art. I § 302e. Drucks. II S. 1892/93 Nr. 70, 141. StB. II S. 1892/93 S. 1841—1849.

Zu §§ 302a—e. N. 1—4.

1) Zuf. Art. 1 des G. btr. den Wucher v. 24. Mai 1880 (RGBl. S. 109) sind hinter § 302 die §§ 302a—d eingestellt worden, von denen die §§ 302a u. d. durch Art. I des G. btr. Ergänzung der Bestimmungen über d. Wucher v. 19. Juni 1893 (RGBl. S. 197) eine veränderte Fassung erhielten; durch Art. I des letzteren G. wurde zugleich auch § 302e neu eingestellt.

(Abs. 2 wie in der bisherigen N. 1).

2) Die sämmtlichen §§ 302a—e betreffen den Wucher i. w. S., namentl. auch § 302c, wie aus Art. 3 des WucherG. in seiner jetzigen Fassung (N. 1) erhellt, speziell aber für § 302c durch das in § 302d zuf. des ErgänzungsG. eingeschaltete Citat klar gestellt wird.

Das Verhältniß der §§. untereinander ist folgendes: Es behandeln: §§ 302a, b den wesentlich als sog. Kreditwucher sich darstellenden Wucher i. e. S. und zwar § 302a den einfachen, § 302b den qualifizirten Wucher; § 302c das einfache und qualifizirte, sog. Mitwuchern; § 302d den gewerbs- u. gewohnheitsmäßigen Wucher i. w. S.; § 302e den sog. Sachwucher.

7) Der Thäter muß die Vermögensvortheile „mit Bezug auf ein Darlehn oder auf die Stundung oder auf ein anderes zweiseitiges Rechtsgeschäft, welches denselben wirthschaftlichen Zwecken dienen soll", erlangen wollen. Durch die an Stelle der alten Fassung („für ein Darlehn oder im Falle der Stundung") getretene neue Fassung („mit Bezug auf") sollte, nach der Begründung des WucherergänzungsG., „hinsichtlich der Frage des inneren Zusammenhanges zwischen der Kreditgewährung und den Leistungen des Schuldners einer zu engen Auslegung des Gesetzes vorgebeugt werden." Demgemäß haben die früheren Entsch. des **RG.** I 19. Jan. 82, III 25. Mai 81, 5. Jan. 85, 4. Jan. 82, E. **5** 366, **4** 202, **11** 388, R. **4** 14, welche das frühere Erforderniß, daß die Ver-

mögensvortheile materiell das Aequivalent für die Hingabe des Darlehns bzw. für die Stundungsgewährung bilden müßten, i. c. verneinten, ihre Bedeutung verloren. Auf die wirkliche Auszahlung des Darlehns kommt auch jetzt nichts an; die Bestimmung kann deshalb auch Anwendung finden, wenn der Darlehnsvertrag unter Freigebung des Schuldners von seiner eingegangenen Verbindlichkeit wieder aufgehoben wurde; **RG.** I 27. Okt. 84 R. **6** 654.

8c) Der gleichfalls auf dem WucherergänzungsG. beruhende Zusatz „mit Bezug ... auf ein anderes zweiseitiges Rechtsgeschäft, welches denselben wirthschaftlichen Zwecken dienen soll", bezweckt — nach der Begründung — „den Geschäftsgebahrungen entgegen zu treten, durch welche die Wucherer die Vorschriften des Gesetzes zu umgehen suchen", und zwar nicht sowohl durch simulirte Rechtsgeschäfte, welche § 302b im Auge hat, als vielmehr auf nur mittelbarem Wege, wie z. B. wenn dem Geldbedürftigen eine ihm gegen einen Dritten zustehende Forderung, die er sich oft erst durch den Verkauf von Mobilien o. Grundstücksparzellen, insbs. im Wege der Privatversteigerung verschaffen muß, gegen eine, weit unter dem wahren Werthe bemessene baare Valuta abgekauft wird. Es handelt sich hier juristisch nicht mehr um den sog. Kreditwucher, sondern vielmehr um den sog. Sachwucher; aber „für die wirthschaftliche Auffassung seiner Zwecke und Ergebnisse nach" steht er dem Kreditwucher gleich.

§. 302d.

Wer den Wucher (§§. 302a bis 302c) gewerbs- oder gewohnheitsmäßig betreibt, wird mit Gefängniß nicht unter drei Monaten und zugleich mit Geldstrafe von einhundertfünfzig bis zu fünfzehntausend Mark bestraft. Auch ist auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte zu erkennen.

PrStGB. § 263. Entw. I, II (fehlt). Entw. d. WucherG. Art. 1 § 302d. StB. 1880 Bd. III Aktenst. Nr. 58. Entw. d. WucherergänzungsG. v. 19. Juni 1893 Art. I § 302d, Drucks. II S. 1892/93 Nr. 70, 141.

Vgl. § 302e.

2) Jene straferh. Umst. (R. 1) kommen, nach der durch G. v. 19. Juni 1893 beigefügten Allegirung der §§ 302e—302c, für alle vorher behandelten Fälle des Wuchers in Betracht; der Zweck der Beifügung des Allegats war übrigens, nach der Begründung, nicht die Entscheidung der früher aufgetauchten Streitfrage über den Begriff des „Wuchers" i. S. des § 302d, sondern die Klarstellung des Verhältnisses desselben gegenüber dem neuen § 302e. Da 2c. (wie der frühere Wortlaut der R.).

§. 302e.

Dieselbe Strafe (§. 302d) trifft denjenigen, welcher mit Bezug auf ein Rechtsgeschäft anderer als der im §. 302a bezeichneten Art gewerbs- oder gewohnheitsmäßig unter Ausbeutung der Nothlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Anderen sich oder einem Dritten Vermögensvortheile versprechen oder gewähren läßt, welche den Werth der Leistung dergestalt überschreiten, daß nach den Umständen des Falles die Vermögensvortheile in auffälligem Mißverhältniß zu der Leistung stehen.

PrStGB. (fehlt), Entw. I, II (fehlt). Entw. d. WucherergänzungsG. Art. I § 302e. Drucks. II S. 1892/93 Aktenst. Nr. 70, 141. StB. II S. 1892/93 S. 1849—1855.

1) Diese gegen den sog. Sachwucher sich richtende Bestimmung ist aufgenommen zuf. G. v. 19. Juni 1893; vgl. § 302a R. 1—4.

Die „Gewerbs- o. Gewohnheitsmßgkt." der Hdlg., wg. deren die R. 5, 6, 9, 10, 11, 12 zum § 302a zu vergleichen sind, bildet hier, anders als im § 302d (das. R. 1), keinen straferhöh. Umst., sondern wirkt strafbegründend.

In Betracht kommt jegliches „Rechtsgeschäft" anderer als der im § 302a bezeichneten Art, weshalb hier nicht der „übliche Zinsfuß", sondern vielmehr der „Werth der Leistung" des Gläubigers den Maßstab für das Vorliegen eines „auffälligen Mißverhältnisses" bildet (§ 302a N. 9_2).

2) Zwischen den Vergehen aus § 302a—d und demjenigen aus § 302d kann Realkonk. (§ 74) stattfinden; Koffka WucherG. § 302e N. 12.

3) Wegen der Strafandrohung (btr. der Wendung „Dieselbe Strafe trifft" s. § 49a N. 21_2), der Strafverfolgungsverjährung und der Zuständigkeit gilt das in N. 3 zum § 302d Bemerkte.

IIIc.

Zu Seite 1333 ff., 1347 des Kommentars.

§. 367.

16\. wer den über das Abhalten von öffentlichen Versteigerungen und über das Verabfolgen geistiger Getränke vor und bei öffentlichen Versteigerungen erlassenen polizeilichen Anordnungen zuwiderhandelt.

Btr. Nr. 16: PrStGB. (fehlt); Entw. I, II (fehlt). Entw. d. WuchergänzungsG. v. 19. Juni 1893 Art. I § 367. Drucks. II S. 1892/93 Nr. 70, 141.

Zu Nr. 16.

a) Die Nr. 16 ist zuf. Art. I des G. btr. Ergänzung d. Bestimmungen über d. Wucher v. 19. Juni 1893 (RGBl. S. 197) hinter Nr. 15 eingestellt. Es sollte, nach der Begründung des Entw., durch diese Bestimmung ein Einschreiten „gegen die in manchen Gegenden herrschende Unsitte, wonach bei öffentl. Versteigerungen den Bietern o. andern Personen, um diese zum Bieten anzuregen, unentgeltlich geistige Getränke verabfolgt werden," ermöglicht werden.

d) Vgl. im übrigen N. a zum § 368 [1], deren Anmerkungen entsprechend gelten.

IVa.

Gesetz,

betreffend die Aenderung des Gesetzes über den Unterstützungswohnsitz und die Ergänzung des Strafgesetzbuchs.

Vom 12. März 1894.

(RGBl. S. 259—261, in der zu Berlin den 20. März 1894 ausgegebenen Nr. 9.)

Wir **Wilhelm**, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen 2c.

verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesraths und des Reichstages, was folgt:

Artikel 2.

In den §. 361 des Strafgesetzbuchs wird hinter Nr. 9 folgende Nr. 10 eingestellt:

(Folgt die Fassung des § 361 [10].)

Ferner ist in dem letzten Absatz des § 361 des Strafgesetzbuchs (Reichsgesetzbl. 1876 S. 112) Zeile 2 von unten hinter „9" zu setzen: „und 10".

Artikel 3.

Dieses Gesetz tritt mit dem 1. April 1894 in Kraft.

. . . . .

IVb.

Zu Seite 1305 und 1312 des Kommentars.

§. 361.

10. wer, obschon er in der Lage ist, diejenigen, zu deren Ernährung er verpflichtet ist, zu unterhalten, sich der Unterhaltspflicht trotz der Aufforderung der zuständigen Behörde derart entzieht, daß durch Vermittelung der Behörde fremde Hilfe in Anspruch genommen werden muß.

In den Fällen der Nr. 9 und 10 kann statt der Haft auf Geldstrafe bis zu einhundertundfunfzig Mark erkannt werden.

Btr. Nr. 10: Entw. d. G. v. 12. März 1894 Art. 2. Aktenst. II S. 1893/94 Nr. 57, 117, 142, 146, 147. StB. II S. 1893/94 S. 251—262, 898—900, 984—996, 1101 f.

Zu Nr. 10.

a) Diese Bestimmung ist zuf. des am 1. April 1894 in Kraft getretenen Gesetzes v. 12. März 1894 (RGBl. S. 259) eingefügt, weil die Nr. 5 des § 361 i. V. mit § 362 einen ausreichenden Schutz gegen mißbräuchliche Inanspruchnahme der Armenpflege nicht gewährte. Wann eine „Unterhaltspflicht" für andere Personen vorliegt und bzw. für welche Personen sie vorliegt, bestimmt sich — gleich der Zuständigkeit der Behörde — nach der Landesgesetzgebung. Unberührt geblieben durch die Strafvorschrift der Nr. 10 sind selbstverständlich die landesgesetzl. Vorschriften btr. die Zulässigkeit polizeil. Zwangsgewalt gegen die Unterhaltungsverpflichteten.

Schlußnote. Wegen Strafe, Verjährung und Zuständigkeit vgl. Abschn. 29 N. 8 (insbs. btr. Nr. 9 u. 10 das. a γ), 9 u. 10 sowie btr. Nr. 3—8 auch § 362. Die seitens der Bundesregierungen beabsichtigte Beziehung des § 362 auch auf die durch das G. v. 12. März 1894 hinzugefügte Ergänzung ist weggefallen, da diese nicht, wie beantragt war, hinter Nr. 5 als Nr. 5a, sondern als Nr. 10 eingestellt ist. Diese Folge wurde durch den Antrag Molkenbuhr ausdrücklich bezweckt.

Wilhelm Gronau's Buchdruckerei, Berlin W.

